الفقه

آية الله العظمى

السيد محمد الحسيني الشيرازي

(دام ظله)

كتاب النكاح

٦٣

دار العلوم

بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحیم

الفقه: موسوعه استدلاليه فی الفقه الاسلامی

کاتب:

آیت الله سید محمد حسینی شیرازی

نشرت فی الطباعة:

موسسه الفکر الاسلامی

رقمی الناشر:

مرکز القائمیة باصفهان للتحریات الکمبیوتریة

الفهرس

موسوعه استدلالیه فی الفقه الاسلامی المجلد ۶۳

اشاره

سرشناسه : حسینی شیرازی، محمد

عنوان و نام پدیدآور : الفقه : موسوعه استدلالیه فی الفقه الاسلامی/ المولف محمد الحسینی الشیرازی

مشخصات نشر : [قم]: موسسه الفکر الاسلامی، ۱۴۰۷ق. = - ۱۳۶۶.

شابک : ۴۰۰۰ریال(هرجلد)

یادداشت : افست از روی چاپ: لبنان، دارالعلوم

موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱۴

موضوع : اخلاق اسلامی

موضوع : مستحب (فقه) -- احادیث

موضوع : مسلمانان -- آداب و رسوم -- احادیث

رده بندی کنگره : BP۱۸۳/۵/ح۵ف۷۶ ۱۳۷۰

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی : م ۷۰-۵۵۱۵

ص:۱

اشاره

الفقه

موسوعه استدلاليه فى الفقه الإسلامى

آيه الله العظمى

السيد محمد الحسينى الشيرازى

دام ظله

كتاب النكاح

الجزء الثانى

دار العلوم

بيروت لبنان

ص:٣

الطبعه الثانيه

١۴٠٩ ه‍ ـ ـ ١٩٨٨م

مُنقّحه ومصحّحه مع تخريج المصادر

دار العلوم ـ طباعه. نشر. توزيع.

العنوان: حاره حريك، بئر العبد، مقابل البنك اللبنانى الفرنسى

ص:۴

کتاب النکاح

اشاره

الجزء الثانی

ص:۵

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاه والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنه الدائمه على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

ص:٦

فصل

اشاره

فصل

لا یجوز التزویج فی عده الغیر

فصل

{لا یجوز التزویج فی عده الغیر} بلا إشكال ولا خلاف، بل فی الجواهر الإجماع بقسمیه علیه، وذلك لما یفهم من روایات المنع الآتیه بأن الحكم تكلیفی كما هو وضعی، بالإضافه إلی دلاله الآیه المباركه: (ولا تعزموا عقده النكاح حتی یبلغ الكتاب أجله)((۱))، فإن المراد _ كما یتبادر إلی الذهن _ نفس العقد لا العزم فقط.

والمراد ببلوغ الكتاب أجله انقضاء العده، والآیه وإن كانت بالنسبه إلی عده الوفاه إلّا أن الإجماع دل علی عدم الفرق بین أقسام العده.

وحیث إن الكفار الذین یقرهم الإسلام تحت حكمه لهم أن یطبقوا أحكامهم علی أنفسهم لم یكن ذلك التزویج فی العده محظوراً علیهم من حكم الإسلام، بل یشملهم «ألزموهم بما التزموا به»((۲))، وكذلك بالنسبه إلی غیر الشیعه إن رأوا ذلك جائزاً.

أما إذا أراد الشیعی أن یأخذ زوجه ممن لا یعتقد بحرمه التزویج فی العده

۱- سوره البقره: الآیه ۲۳۵

۲- الوسائل: ج۱۵ ص۳۲۱ الباب ۳ من أبواب مقدمات الطلاق ح۵

دواماً أو متعهً، سواء كانت عده الطلاق بائنه أو رجعيه أو عده الوفاه أو عده وطى الشبهه، حره كانت المعتده أو أمه، ولو تزوجها حرمت عليه أبداً

فهل له ذلك من باب «ألزموهم» كما يجوز تزويج الشيعى المطلقه منهم، وإن لم يكن طلاقها صحيحاً بنظر الشيعه، أم لا، لأن الحكم واقعى وهم مكلفون بالفروع كتكليفهم بالأصول، احتمالان، والظاهر الأول، وإن كان الأحوط الثانى، فتأمل.

ولو لم نعلم أن مذهبها الجواز أو المنع، كما لو أراد أن يتمتع بكتابيه طلقها زوجها عن قريب، أو بمخالفه كذلك ولم يمكنه الفحص، فمقتضى القاعده المنع، لأنه فى باب الفروج، وقد تقدم فى المسأله الخمسين عند الكلام فى اشتباه من يجوز النظر بين من لا يجوز، وجه هذه القاعده.

فلا يقال: إن الأصل الإباحه، أما إذا كان مذهبها الجواز وكان الزوج ذو العده عليها من يرى المنع، كما إذا تزوجها شيعى ثم أراد شيعى آخر أن يتزوجها فى عده الأول، فهل يشمله دليل «ألزموهم» كما إذا طلقها الشيعى بدون الشاهدين لأن مذهبها ذلك، المسأله بحاجه إلى التتبع والتأمل، ولعله يأتى عند بيان هذه القاعده تفصيل الكلام فى هذه الفروع إن شاء الله تعالى.

{دواماً أو متعهً، سواء كانت عده الطلاق بائنهً أو رجعيهً، أو عده الوفاه أو عده وطى الشبهه، حره كانت المتعده أو أمه، ولو تزوجها حرمت عليه أبداً} بلا إشكال ولا خلاف فى كل ذلك، بل فى الجواهر ــ عند قول المصنف: {من تزوج امرأه فى عدتها عالماً حرمت عليه أبداً} ــ قال: الإجماع بقسميه عليه،

وفی المستمسک ادعی الإجماع بقسمیه علی ما فی المتن.

ویدل علی ما ذکر روایات متواتره.

ففی أخبار زراره وداود وأدیم، عن الصادق (علیه السلام)، قال: «الذی یتزوج المرأه فی عدتها وهو یعلم لا تحل له أبداً»((۱)).

وفی الصحیح عنه (علیه السلام)، قال: «إذا تزوج الرجل المرأه فی عدتها ودخل بها لم تحل له أبداً، عالماً کان أو جاهلاً، وإن لم یدخل بها حلت للجاهل ولم تحل للآخر»((۲)).

وصحیح ابن الحجاج، عن أبی إبراهیم (علیه السلام)، سألته عن الرجل یتزوج المرأه فی عدتها بجهاله أهی ممن لا تحل له أبداً، قال (علیه السلام): «لا، أما إذا کان بجهاله فلیتزوجها بعد ما تنقضی عدتها، فقد یعذر الناس فی الجهاله بما هو أعظم من ذلک»، فقلت: بأی الجهالتین أعذر، بجهالته أن یعلم أن ذلک محرم علیه أم بجهالته أنها فی عده، فقال: «إحدی الجهالتین أهون من الأخری، الجهاله بأن الله حرم علیه، وذلک لأنه لا یقدر علی الاحتیاط معها»، فقلت: فهو فی الأخری معذور، قال: «نعم إذا انقضت عدتها فهو معذور فی أن یتزوجها»، فقلت: فإن کان أحدهما متعمداً والآخر یجهل، فقال: «الذی تعمد لا یحل له أن یرجع إلی صاحبه أبداً»((۳)).

ص:۹

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۳۴۴ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۱

۲- الوسائل: ج۱۴ ص۳۴۵ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۳

۳- الوسائل: ج۱۴ ص۳۴۵ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۴

وسيأتى توضيح لهذا الخبر.

وصحيح الحلبى، عن الصادق (عليه السلام)، سألته عن المرأه الحبلى يموت زوجها فتضع وتزوج قبل أن يمضى لها أربعه أشهر وعشراً، فقال: «إن كان دخل بها فرق بينهما، ثم لا تحل له أبداً، واعتدت بما بقى عليها من الأول واستقبلت عده أخرى من الآخر ثلاثه قروء، وإن لم يكن دخل بها فرّق بينهما واعتدت بما بقى عليها من الأول وهو خاطب من الخطاب»((١)).

ونحوه موثق ابن مسلم، عن أبى جعفر (عليه السلام)((٢)).

وفى الموثق الآخر المضمر، سألته عن رجل تزوج امرأه فى عدتها، قال: «يفرق بينهما، وإن كان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ويفرق بينهما فلا تحل له أبداً، وإن لم يكن دخل بها فلا شىء لها من مهرها»((٣)).

وفى الحسن أو الموثق، قلت لأبى إبراهيم (عليه السلام): بلغنا عن أبيك أن الرجل إذا تزوج المرأه فى عدتها لم تحل له أبداً، فقال (عليه السلام): «هذا إذا كان عالماً، فإذا كان جاهلاً فارقها وتعتد ثم يتزوج نكاحاً جديداً»((٤)).

وفى خبر حمران، سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن امرأه تزوجت فى عدتها بجهاله منها بذلك، فقال: «لا أرى عليها شيئاً، ويفرق بينها وبين الذى تزوج بها، ولا تحل

١- الوسائل: ج١٤ ص٣٤٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح٦

٢- الوسائل: ج١٤ ص٣٤٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح٢

٣- الوسائل: ج١٤ ص٣٤٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح٧

٤- الوسائل: ج١٤ ص٣٤٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح١٠

له أبـداً»، قلت: فإن كانت قد عرفت أن ذلك محرم عليها، ثم تقدمت على ذلك، فقال (عليه السـلام): «إن كانت قد تزوجت فى عـده لزوجهـا الـذى طلقها عليها فيها الرجعه فإنى أرى عليها الرجم، وإن كانت تزوجت فى عـده ليس لزوجها الـذى طلقها عليها فيها الرجعه، فإن أرى عليها حد الزانى، ويفرق بينها وبين الذى تزوجها ولا تحل له أبداً»((۱)).

وعن محمـد بن مسـلم، قـال: قلت لأبى عبـد الله (عليه السـلام): المرأه يتوفى عنها زوجها فتضع وتتزوج قبل أن تبلغ أربعه أشـهر وعشـراً، قال: «إن كان الـذى تزوجها دخل بها لم تحل له واعتـدت ما بقى عليها من الأولى وعده أخرى من الأخير، وإن لم يكن دخل بها فرق بينهما وأتمت ما بقى من عدتها وهو خاطب من الخطاب»((۲)).

وعن أديم، عن أبى عبد الله (عليه السلام) أنه قال فى حديث: «والذى يتزوج المرأه فى عدتها وهو يعلم لا تحل له أبداً»((۳)).

وعن الحلبى، عن أبى عبـد الله (عليه السـلام)، قال: «إذا تزوج المرأه فى عدتها ثم دخل بها لم تحل له أبداً، عالماً كان أو جاهلاً، وإن لم يدخل بها حلت للجاهل، ولم تحل للآخر»((۴)).

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۳۴۸ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۱۷
۲- المستدرک : ج۲ ص۵۷۸ الباب ۱۷ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۱
۳- المستدرک : ج۲ ص۵۷۸ الباب ۱۷ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۲
۴- المستدرک : ج۲ ص۵۷۸ الباب ۱۷ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۳

وعن ابن سنان، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، فی الرجل یتزوج المرأه قبل أن تنقضی عدتها، قال: «یفرّق بینهما ثم لا تحل له أبداً إن کان فعل ذلک بعلم ثم واقعها، ولیس العالم والجاهل فی هذا سواءً فی الإثم»، ثم قال: «ویکون لها صداقها إن کان واقعها، وإن لم یکن واقعها فلا شیء»((1)).

وعن دعائم الإسلام، عن علی (علیه السلام)، إنه قضی فی امرأه توفی زوجها وهی حبلی فتزوجت قبل أن تنقضی الأربعه الأشهر والعشر، قال: «یفرّق بینهما ولا یخبطها حتی آخر الأجلین»، قال جعفر بن محمد (علیه السلام): «هذا إذا لم یکن دخل بها، وأما إذا تزوج الرجل المرأه فی عدتها وکان قد دخل بها فرق بینهما ولم تحل له أبداً، ولها صداقها بما استحل من فرجها، وإن لم یکن دخل بها فرق بینهما، فإذا انقضت عدتها تزوجها إن شاء وشاءت، هذا إذا کانا عالمین بأن ذلک لا یحل، وإن جهلا ذلک وکان قد دخل بها فرق بینهما حتی تنقضی عدتها ثم یتزوجها إن شاء وشاءت»، قیل له (علیه السلام): فإن کان أحدهما یتعمد ذلک والآخر جهله، قال: «الذی تعمد لا یحل له أن یرجع إلی صاحبه وقد یعذر الناس فی الجهاله بما هو أعظم من هذا»((2)).

وفی روایه ابن شهر آشوب: أتی عمر بامرأه أنکحت فی عدتها ففرق بینهما وجعل صداقها فی بیت المال، وقد أجبر مهراً رد نکاحه، وقال: لا یجتمعان

1- المستدرک : ج2 ص578 الباب 17 من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح6

2- المستدرک : ج2 ص578 الباب 17 من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح7

إذا كانا عالمين بالحكم والموضوع، أو كان أحدهما عالماً بهما

أبداً، فبلغ علياً (عليه السلام)، فقال: «إن كانوا جهلوا السنه لها المهر بما استحل من فرجها ويفرق بينهما، فإذا انقضت عدتها فهو خاطب من الخطاب»، فخطب عمر الناس فقال: ردوا الجهالات إلى السنه، ورجع إلى قول علي (عليه السلام)((١)).

والرضوي (عليه السلام): «ومن خطب امرأه في عده للزوج على رجعه وتزوجها وكان عالماً لم تحل له أبداً، فإن كان جاهلاً وعلم من قبل أن يدخل بها تركها حتى يستوفي عدتها من زوجها ثم تزوجها، فإن دخل بها لم تحل له أبداً، عالماً كان أو جاهلاً، فإن ادعت المرأه أنها لم تعلم أن عليها عده لم تصدق على ذلك»((٢)).

إلى غيرها من الروايات بهذه المضامين.

ومن الواضح أن إطلاق الروايات يشمل كل أقسام العده التي ذكرها المصنف، كما أن الجمع العرفي بين الروايات المذكوره يقتضي أن سبب الحرمه الأبديه كل من العلم والدخول.

أما ما في روايه الدعائم مما ظاهره يخالف ذلك فاللازم رد علمه إلى أهله.

ثم إن الحرمه الأبديه {إذا كانا عالمين بالحكم} وأنها تحرم، {والموضوع} وأنها في العده، كما صرح بذلك جماعه، وهو ظاهر بعض الأخبار المتقدمه.

{أوكان أحدهما عالماً بهما} كما يقتضيه صحيح عبد الرحمان بن الحجاج

١- الوسائل: ج٢ ص٥٧٨ الباب ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح٩

٢- المستدرك : ج٢ ص٥٧٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح٨

المتقدم وغيره، وصرح غير واحد من الفقهاء، وذلك لأن الزوجيه من الإضافات المتكافئه الأطراف كالأخوه، وفيها لا يعقل تحقق الإضافه من طرف دون طرف، وإذ لم تحقق الزوجيه لم يتحقق الحل من أى جانب.

وكذا فى أمثال المقام، كما إذا يرى أحدهما صحه العقد بالفارسيه ولا يرى الآخر، أو كان يرى أحدهما تحقق الرضاع المحرم دون الآخر، أو تنازعا فى تحقق شرط أو وجود مانع عن صحه الزواج، فإنه لا يقبل تحقق الزواج بالنسبه إلى طرف دون طرف.

نعم ربما يكون أحدهما معذوراً لجهله، بينما لايكون الآخر كذلك، وهذا هو مرادهم من الحليه الظاهريه.

والحاصل: إن الزوجيه أمر واقعى فى عالم الاعتبار، فهو إما كائن فالحل لهما، أو لا فلا حل لأحدهما.

نعم حكى عن المقدس البغدادى القول بأنه لا مانع من الالتزام تبعيض الصحه فى الواقع، لأنها فى المعامله مجرد ترتب الآثار، فلا بأس فى جريانها بالنسبه إلى شخص دون الآخر، وربما يؤيد صحه ما ذكره بأنه لا حقيقه للأحكام الوضعيه إلاّ الأحكام التكليفيه كما ذكرها الشيخ المرتضى (رحمه الله) فى بعض مباحثه.

وحيث إن الزوجيه من الأحكام الوضعيه فمعناها حليه الدخول والنفقه والإرث وغيرها، وذلك يصح من جانب دون جانب، فيصح لهذا أن يدخل بها ويلزم على الآخر الامتناع، كما يجب على هذا الإعطاء ويحرم على الآخر الأخذ بعنوان

النفقه، وإذا مات لم یجز لها الأخذ من ماله، أما إذا ماتت له الآخذ من ماله.

ولعل هذا هو الظاهر من صـحیح ابن الحجاج، فقلت: فإن كان أحدهما متعمداً والآخر یجهل، فقال (علیه السلام): «الذی تعمد لا یحل له أن یرجع إلى صاحبه أبداً»((١)).

ولا وجه حینئذ لقول المستمسک: إن الظاهر من الصحیح الحكم التكلیفی الظاهری الخاص بالجاهل.

أمـا مـا تقـدم من أن الزوجیه من الإضافـات، ففیه: إنه خلط بین المقوله الاعتباریه والمقوله الحقیقیه، فإن الأخوه مقوله حقیقیه لا یمكن تحققها من طرف دون طرف.

أما الزوجیه التی هی حكم شرعی فیمكن تحققها كذلک إذا قیل بأن المراد بها الأحكام التكلیفیه، فلا فرق بین أن یقول المولى: هـذا زوج وهـذه لیست بزوجه، أو أن یقول: هذا له الدخول بهذه وهذه لایحق لها التمكین، وتظهر الثمره فی حال غفله الثانی أو نومه أو ما أشبه، كما لا یحق للأول أخذ الخامسه ویحق لها أخذ الزوج، إلى آخر الأحكام المترتبه على الزوجیه من جانبه، وعلى عدم الزوجیه من جانبها.

وهذا الكلام بالنسبه إلى التبعیض تام إن قلنا بمقاله الشیخ المرتضى (رحمه الله)، كما لم نستبعده فی الأصول.

١- المستدرک : ج٢ ص٥٧٨ الباب ١٧ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۴

مطلقاً، سواء دخل بها أم لا، وكذا مع جهلهما بهما لكن بشرط الدخول بها، ولا فرق فى التزويج بين الدوام والمتعه

أما إذا لم نقل به فالحق مع المانع عن التبعيض.

ولاـ يخفى أنه فرق بين ما نحن فيه ومسأله الرضاع ونحوهما، وبين مسأله الاختلاف فى أنه حصل العقد أم لا، فإن الكلام فيما نحن فيه فى التفكيك واقعاً، أما صوره اختلافهما فى أنه وقع العقد أم لا، ونحوه، فالواقع إما تحقق الزوجيه من الطرفين، أو عدم تحققها من أى طرف.

ثم إن فى صوره العلم تحرم {مطلقاً، سواء دخل بها أم لاـ} لما عرفت من أنه مقتضى النص والفتوى، وهل المراد بالعلم ما لا ينافى الغفله والنسيان، لأنه عالم غافل أو عالم ناس، الظاهر لا، بل المراد الحضور لأنه المنصرف منه.

{وكذا} تحرم أبداً {مع جهلهما بهما} بالموضوع والحكم {لكن بشرط الدخول بها} كما تقدم أنه مقتضى النص والفتوى.

ولو شك فى الدخول فالأصل عدمه، كما أنه لو شك فى العلم فالأصل عدمه، وكذا لو شك فى أنه كان يعلم الموضوع والحكم، أو كان يعلم أحدهما فقط، فالأصل عدم علمه بهما.

والمراد بالعلم أعم من قيام الحجه، ولو كان بثبوت شرعى.

ولو شك أو ظن كان كالجاهل، وإن كان مقصراً فى عدم تعلمه.

{ولا فرق فى التزويج} الموجب لحرمه الأبد فى العالم {بين الدوام والمتعه} كما يقتضيه إطلاق النص والفتوى، والانصراف إلى الدوام لو قيل به فلا شك

كما لا فرق فى الـدخول بين القبل والـدبر، ولا يلحق بالعـده أيام استبراء الأمه، فلا يوجب التزويـج فيها حرمه أبديه ولو مع العلم والدخول

أنه بدوى، بل فى الجواهر جعل عدم الفرق معقد الإجماع.

{كما لا فرق فى الـدخول بين القبل والـدبر} لإطلاق النص والفتوى، وقد تقدم فى بعض الروايات أنه أحد المأتيين، ولذا صـرح فى الجواهر وغيره بعدم الفرق، ولو قيل بالانصراف إلى القبل فهو بدوى كما لا يخفى.

ولا فرق بين أن يدخل فيها أو تدخل فيه، لأن الظاهر من النص والفتوى حصول هذالشىء.

وهل يشـمل الدخول فى حال الجنون وحال الطفوله وما إذا صدر فى حال النوم أو الاضطرار أو الإكراه أو عدم الاختيار، كما إذا أراد الملاعبه فدخل بدون الاختيار، لإطلاق الأدله، أو لا يشـمل، لرفع هذه الأمور وانصـراف الأدله إلى الاختيارى منه، أو يفصل بين الثلاـثه الأـول فعـدم الحرمه، والثلاـثه الأـخيره فالحرمه، لعـدم التكليف فى الأول، وفى الأخيره يفعل هو باختياره فى الجمله، احتمالات.

ومنه يعلم حال ما لو أدخلت فيها من الزوج غير المميز أو السكران أو شارب المرقد، أو أدخله فيها إنسان آخر إلجاءً.

ولا شك أن الأحوط فى الجميع ترتيب آثار الحرمه، وإن كان لا يبعد عدمها لانصراف الأدله إلى المختار.

{ولاـ يلحق بالعـده أيام استبراء الأمه، فلا يوجب التزويـج فيها حرمه أبـديه ولو مع العلم والـدخول} كما أفتى بـذلك المسالك وكشف اللثام والجواهر، للوقوف

بل لا يبعد جواز تزويجها فيها، وإن حرم الوطی قبل انقضائها، فإن المحرم فيها هو الوطی دون سائر الاستمتاعات

علی موضع النص واستصحاب الحل، بل إطلاقات أدله الحل.

نعم عن القواعد أنه قال: (فيه إشكال)، وكأنه لوحده المناط، وفيه: إنه لا قطع بالمناط، خصوصاً وأحكام الأمه أخف غالباً، ولذا أيد المتن المستمسك والساده البروجردی وابن العم والجمال وغيرهم، حيث سكتوا علی المتن.

{بل لا يبعد جواز تزويجها فيها، وإن حرم الوطی قبل انقضائها} أی قبل انقضاء العده، {فإن المحرم فيها هو الوطی دون سائر الاستمتاعات} للأصل وجمله من الروايات، ولذا اشتهر جوازها عدا الوطی، خلافاً للمبسوط والسرائر فی محكيهما فحرما سائر الاستمتاعات، والأقوی هو المشهور لجمله من الروايات.

كصحيح محمد بن إسماعيل، قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن الجاريه تشتری من رجل مسلم يزعم أنه قد استبرأها أيجزی ذلك أم لا بد من استبرائها، قال: «يستبرؤها بحيضتين»، قلت: يحل للمشتری ملامستها، قال: «نعم ولا يقرب فرجها»((1)).

وموثق عمار الساباطی، عن الصادق (عليه السلام)، قال: «الاستبراء علی الذی يبيع الجاريه واجب إن كان يطؤها وعلی الذی يشتريها الاستبراء أيضاً»، قلت: فيحل له أن يأتيها دون الفرج، قال: «نعم قبل أن يستبرأها»((2)).

١- الوسائل: ج١۴ ص۵٠٧ الباب ۶ من أبواب ن ك اح العبيد والإماء ح۵
٢- الوسائل: ج١۴ ص۵١۶ الباب ١٨ من أبواب ن ك اح العبيد والإماء ح۵

وفی خبر عبد الله بن محمد، عن الصادق (علیه السلام)، إنه قال له: «لا بأس بالتفخیذ لها حتی تستبرأها، وإن صبرت فهو خیر لک»((۱)).

وخبر حمران، قال: سألت أبا جعفر (علیه السلام) عن رجل اشتری أمه هل یصیب منها دون الغشیان ولم یستبرئها، قال: «نعم إذا استوجبها وصارت من ماله»((۲)) الحدیث.

إلی غیر ذلک من الروایات.

وأما فی روایه محمد بن إسماعیل من عدم اعتبار قول البائع، فقد ورد فی بعض الروایات اعتباره إذا کان ثقه، کخبر حفص، عن أبی عبد الله (علیه السلام) فی الرجل یشتری الأمه من رجل فیقول: إنی لم أطأها، فقال (علیه السلام): «إن وثق به فلا بأس أن یأتیها»((۳)).

أما السرائر والمبسوط، فقد استدل لهما بخبر إبراهیم بن عبد الحمید، قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن الرجل یشتری الجاریه وهی حبلی أیطأها، قال (علیه السلام): «لا»، قلت: فدون الفرج، قال: «لا یقربها»((۴)).

وهذه الروایه بالإضافه إلی أنها وارده فی الحلبی التی لا استبراء فیها، معارضه بجمله من الروایات:

کصحیحه رفاعه، قال: سألت أبا الحسن موسی (علیه السلام)، إلی أن قال:

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۵۰۱ الباب ۵ من أبواب ن ک اح العبید والإماء ح ۱
۲- الوسائل: ج۱۴ ص۴۹۱ الباب ۲ من أبواب ن ک اح العبید والإماء ح ۱
۳- الوسائل: ج۱۴ ص۵۰۳ الباب ۶ من أبواب ن ک اح العبید والإماء ح ۱
۴- الوسائل: ج۱۴ ص۵۰۷ الباب ۸ من أبواب ن ک اح العبید والإماء ح۸

قلت: فإن كانت حبلى فما لى منها إذا أردت، قال: «ما دون الفرج»((۱))، ومثلها غيرها.

هذا ولكن ربما يقال: بأن أيام الاستبراء كأيام العده فى عدم جواز التزويج، وأن التزويج مع العلم أو الدخول يوجب الحرمه الأبديه، وذلك للروايات التى أطلقت العده على أيام الاستبراء، فتشمل أدله العده هذه الأيام.

فعن الحلبى، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، أنه قال فى رجل ابتاع جاريه ولم تطمث، قال (عليه السلام): «إن كانت صغيره لا يتخوف عليها الحبل فليس له عليها عده، وليطأها إن شاء، وإن كانت قد بلغت ولم تطمث فإن عليها العده»((۲)).

وعن منصور بن حازم، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الجاريه التى لا يخاف عليها الحبل، قال: «ليس عليها عده»((۳)).

وعن ابن أبى يعفور، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال فى الجاريه التى لم تطمث ولم تبلغ الحبل إذا اشتراها الرجل، قال: «ليس عليها عده يقع عليها»((۴)).

وعن عبد الرحمن بن أبى عبد الله، قال: سألت أبى (عليه السلام) عن الرجل يشترى الجاريه التى لم تبلغ المحيض، وإذا قعدت عن المحيض عن عدتها، وما يحل للرجل من الأمه حتى يستبرأها قبل أن تحيض، قال: «إذا قعدت عن المحيض أو لم تحض

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۵۰۵ الباب ۸ من أبواب ن ک اح العبيد والإماء ح۳
۲- الوسائل: ج۱۴ ص۴۹۸ الباب ۳ من أبواب ن ک اح العبيد والإماء ح۱
۳- الوسائل: ج۱۴ ص۴۹۸ الباب ۳ من أبواب ن ک اح العبيد والإماء ح۲
۴- الوسائل: ج۱۴ ص۴۹۸ الباب ۳ من أبواب ن ک اح العبيد والإماء ح۲

وكذا لا يلحق بالتزويج الوطى بالملك أو التحليل، فلو كانت مزوجه فمات زوجها أو طلقها، وإن كان لا يجوز لمالكها وطيها ولا الاستمتاع بها فى أيام عدتها ولا تحليلها للغير، لكن لو وطأها أو حللها للغير فوطأها لم تحرم أبداً عليه

فلا عده لها، والتى تحيض فلا يقربها حتى تحيض وتطهر»((۱)).

إلى غيرها من الروايات.

وإذا تحقق ذلك لم يجز تزويجها أيضاً، ولا تلازم بين جواز الاشتراء وبين جواز النكاح، ولذا لا يصح نكاح الحامل ويجوز اشتراؤها، إلى غير ذلك من الأحكام المذكوره فى باب الإماء.

{وكذا لا يلحق بالتزويج الوطى بالملك أو التحليل}، كما عن الكركى، ونص عليه الجواهر، وتبعهما المستمسك وجمله من المعلقين، وتقتضيه أصاله عدم التحريم بعد أن أدله العده لا تشمله.

{فلو كانت مزوجه فمات زوجها أو طلقها، وإن كان لا يجوز لمالكها وطيها ولا الاستمتاع بها فى أيام عدتها}، وكذا لوخرجت عن حبالته بفسخ أو ارتداد أو انقضاء مده المتعه.

{ولا تحليلها للغير} تحليلاً يوجب الوطى، أما تحليلا دون ذلك ففيه كلام مذكور فى باب أحكام الإماء.

{لكن لو وطأها أو حللها للغير فوطأها لم تحرم أبداً} حرمه أبديه {عليه} فى

ص:۲۱

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۴۹۹ الباب ۳ من أبواب ن ك اح العبيد والإماء ح۴

أو علی ذلک الغیر ولو مع العلم بالموضوع والحکم.

وطی المالک {أو علی ذلک الغیر} المحلل له الواطی لها {ولو مع العلم بالموضوع والحکم}.

لکن ربما یورد علی ذلک مثل ما تقدم من إطلاق لفظ العده علی المقام، فتشملها أدله المنع.

فعن عمار بن موسی، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، قال: سألته عن الرجل یزوج جاریته من عبده ویرید أن یفرق بینهما فیفر العبد کیف یصنع، قال: «یقول لها: اعتزلی فقد فرقت بینکما فاعتدی، فتعتد خمسه وأربعین یوماً ثم یجامعها مولاها إن شاء، وإن لم یفر قال له مثل ذلک»، قلت: فإن کان المملوک لم یجامعها، قال: «یقول لها: اعتزلی فقد فرقت بینکما، ثم یجامعها مولاها من ساعته إن شاء ولا عده علیها»((1)).

لکن یمکن أن یقال: إن وطی المولی فی حال زواجها عالماً عامداً أشد، ومع ذلک لم یحرمها الشارع بذلک، کما رواه علی بن سلیمان، قال: کتبت إلیه (علیه السلام)، رجل له غلام وجاریه زوّج غلامه جاریته، ثم وقع علیها سیدها، هل یجب فی ذلک شیء، قال: «لا ینبغی له أن یمسها إلاّ أن یطلقها الغلام»((2)).

بدعوی أن ظاهرها عدم حرمتها علیه، فیحق له بعد الطلاق مسها، إلاّ أن یقال: إن الروایه لا تتعرض لذلک، بل تعرضت لحکم عدم جواز مسها فی حال زواجها، أما إذا مسها فلا تتعرض الروایه لحکمها بعد ذلک، فتأمل.

1- الوسائل: ج14 ص550 الباب 45 من أبواب ن ک اح العبید والإماء ح3

2- الوسائل: ج14 ص549 الباب 44 من أبواب ن ک اح العبید والإماء ح3

مسأله ۱ وطی المعتده عن شبهه

(مسأله ۱): لا یلحق بالتزویج فی العده وطی المعتده شبهه من غیر عقد، بل ولا زنا إلّا إذا کانت العده رجعیه کما سیأتی، وکذا إذا کان بعقد فاسد لعدم تمامیه أرکانه.

(مسأله ۱): {لا یلحق بالتزویج فی العده وطی المعتده شبهه من غیر عقد} بأن کان المرأه فی عده من طلاق ونحوه فیطؤها إنسان شبهه، فإنها لا تحرم علی هذا الواطی.

{بل ولا زنا} بأن زنی زان بمن فی العده، فإن زناه لا یوجب تحریماً علیه.

{إلا إذا کانت العده رجعیه کما سیأتی}.

أما المستثنی منه، فللأصل، فیشمله جواز النکاح، وأدله وطی المعتده الموجب للتحریم خاصه بالوطی عن عقد، فلا یشمل الوطی شبهه، وانسحاب حکم الوطی عن عقد إلی الوطی زنا وشبهه بطریق أولی لا دلیل علیه إلّا المناط، وهو غیر مقطوع به خصوصاً فی الزنا، فربما کان عقابه فی الآخره یوجب عدم عقاب له فی الدنیا، من قبیل ﴿ومن عاد فینتقم الله منه﴾.

وأما المستثنی، فلأن الزنا بذات العده الرجعیه هو من أسباب التحریم الأبدی کما سیأتی.

أما إذا کانت العده بعضها بائنه وبعضها رجعیه، کما إذا اختلعها فصارت بائنه، ثم رجعت فی البذل فصارت رجعیه، فمقتضی القاعده أن یکون لکل حال حکمه، فالزنا فی حال البینونه لا یوجب تحریماً بخلافه حال الرجعیه.

{وکذا} لا یلحق بالتزویج فی العده {إذا کان} التزویج {بعقد فاسد} بما لا یسمی عقداً عند العرف {لعدم تمامیه أرکانه} فإنه حینئذ لا یسمی عقداً وتزویجاً، فلا یتحقق

وأما إذا كان بعقد تام الأركان وكان فساده لتعبد شرعى، كما إذا تزوج أخت زوجته فى عدتها أو أمها أو بنتها أو نحو ذلك مما يصدق عليه التزويج، وإن كان فاسداً شرعاً، ففى كونه كالتزويج الصحيح إلاّ من جهه كونه فى العده

موضوع نصوص التحريم، وهذا مما لا ينبغى الإشكال فيه، بل ولم أجد خلافاً فيه بين من تعرض له.

ومن هذا القبيل ما إذا كان أمر إنساناً بالعقد فى وقت خاص فزعم أنه عقد ثم تبين أنه لم يعقد.

{وأما إذا كان بعقد تام الأركان} عرفاً {وكان فساده لتعبد شرعى، كما إذا تزوج أخت زوجته فى عدتها} أى عده الأخت المطلقه {أو أمها}، لعل نظره بما إذا كان وطى البنت شبهه لأجل عقد باطل ثم فى عدتها تزوج بأمها، وإلا فأم الزوجه لكونها من المحرمات الأبديه بنفسها لا يعقل أن يترتب أثر على العقد عليها فى عدتها، كما أشكل بذلك على الماتن المستمسك والجمال والاصطهباناتى وغيرهم.

{أو بنتها} إذا لم يدخل بأمها، إذ مع الدخول بالأم تحرم الأم أبداً، {أونحو ذلك مما يصدق عليه التزويج، وإن كان فاسداً شرعاً، ففى كونه كالتزويج الصحيح إلاّ من جهه كونه فى العده} لأن التزويج المحرم الوارد فى الأخبار اسم للأعم من الصحيح والفاسد، إذا كان يسمى عرفاً بالتزويج، فكما أن التزويج الصحيح يوجب الحرمه الأبديه إذا كان فى العده، كذلك التزويج العرفى ــ وإن كان فاسداً شرعاً ــ يوجب الحرمه الأبديه إذا كان فى العده.

وعدمه لأن المتبادر من الأخبار التزويج الصحيح مع عدم كونه فى العده، إشكال، والأحوط الإلحاق فى التحريم الأبدى، فيوجب الحرمه مع العلم مطلقاً، ومع الدخول فى صوره الجهل.

{وعدمه} وأن التزويج الفاسد شرعاً لا يوجب تحريماً أبدياً، بل وجوده كعدمه، {لأن المتبادر من الأخبار التزويج الصحيح مع عدم كونه فى العده}.

وكأنه لذا قال فى الجواهر: إن لفظ التزويج والنكاح للأعم، خلافاً لما حكى عن التحرير حيث قال: إن الظاهر أن مراد علمائنا بالعقد فى المحرم والعقد فى ذات العده هو العقد الصحيح الذى لولا المانع ترتب عليه أثره.

بل الجواهر فى باب الإحرام وافق على ما فى التحرير، قال: إن المنساق من نصوص المقام وفتاواه العقد الصحيح فى نفسه، وهذا هو الذى اختاره المستمسك وغير واحد من العلماء، بل المراد بكل ما هو من هذا القبيل كالصلاه والصوم والحج والبيع والرهن والنكاح والطلاق وغيرها الذى يراه الشارع صحيحاً.

فلا {إشكال} فى المقام.

{و} إن كان {الأحوط} استحباباً {الإلحاق فى التحريم الأبدى، فيوجب الحرمه مع العلم مطلقاً} دخل أو لم يدخل {ومع الدخول فى صوره الجهل}.

ثم إنه لا فرق فى فساد العقد كون ذلك من جهه اللفظ أو من جهه المرأه أو غيرهما، فإن إطلاق أدله جواز النكاح يشمل الكل، ودليل المنع لا يشمل أياً منها.

ثم إنه لو عقده الفضولى فى العده فعلم فأجاز حرم عليه أبداً، لأنه بإجازته صار عقده.

أما إذا لم يجز فلا عقد له حتى يكون من العقد فى العده.

وإن أجازه بعد انقضاء العده، فإن كانت الإجازه كاشفه حرمت أبداً، لأنه كالعقد فى حال العده، وإن كانت الإجازه ناقله لم تحرم لأنه من العقد بعد العده.

لكن مسأله إيجاب الإجازه على الكشف الحرمه الأبديه بحاجه إلى مزيد من التأمل.

ص:٢٦

مسأله ٢ الملاک علم الزوج لا الولی

(مسأله ٢): إذا زوجه الولی فی عده الغیر مع علمه بالحکم والموضوع

(مسأله ٢): {إذا زوجه الولی فی عـده الغیر مع علمه} أی الولی {بـالحکم} وأن النکاح فی العـده باطل {والموضوع} وأن هـذه المرأه فی العده، لا یوجب ذلک الحرمه الأبدیه، لأن الظاهر الأدله علم الزوج لا الولی.

ولو کـان الزوج طفلاًـ ممیزاً، وعلم بأنها فی العـده وزوّجها بنفسه ــ إن قلنا باعتبار عباره الصبی ــ وکان مأذوناً من قبل الولی فی هـذا الزواج، أو زوجه الولی مع علم الصبی بـالحکم والموضوع، فالظـاهر عـدم الحرمه الأبـدیه للصبی، لأـن «عمـد الصبی خطأ»، ولحدیث رفع القلم([١]).

وعلی کلا التقدیرین فالنکاح باطل.

ثم لو زوج اثنتین إحداهما فی العده مع العلم والعمد، فالظاهر بطلان نکاح ذات العده فقط، أما نکاح غیرها فلا یبطل، إذ لا وجه للبطلاـن إلاّ وحـده لفظ النکاح، بأن قال وکلیهما: (زوجتکهما)، وبطلان بعض الصـفقه لا یوجب سـرایه البطلان إلی بعض آخر خال من المحذور.

ولو علم إجمالاًـ بـأن فاطمه أو زینب فی العـده، فزوج زینب وظهرت أنها هی التی فی العـده، فهل تحرم أبـداً، احتمالان، من أنه تزویج فی العده عالماً، ومن أن المنصرف من النص والفتوی العلم التفصیلی لا الإجمالی، والثانی أظهر، وإن کان الأول أحوط.

نعم لا ینبغی الإشکال فی أنه لو علم أن إحدی نساء المدینه فی العده

١- الوسائل: ج١٩ ص٦٦ الباب ٣٦ من أبواب القصاص ح٢

أو زوجه الوكيل فى التزويـج بـدون تعيين الزوجه كـذلك لا يوجب الحرمه الأبديه، لأن المناط علم الزوج لا وليه أو وكيله، نعم لو كان وكيلاً فى تزويج امرأه معينه وهى فى العده، فالظاهر كونه كمباشرته بنفسه

مثلاً، وزوج فاطمه فعلم أنها هى التى كانت فى العده، لم تحرم لعدم شمول النص لمثل ذلك قطعاً.

ثم إنه لو زوج الوكيل هنـداً لزيد وهو يعلم أنها فى العده فلا إشـكال فى أنها لا تحرم على نفس الوكيل إذا أراد أن يتزوجها فى المستقبل لنفسه، إذ الدليل دل على الحرمه فيما إذا كان المتزوج هو العالم.

كما أنه لو أغرى إنسان عالم بأنها فى العده إنساناً فزوجها، لم يكن المغرى ممن تحرم عليه أبداً بلا إشكال.

{أو زوجه الوكيل فى التزويـج بـدون تعيين} الزوج {الزوجه كذلك} بأن كان الوكيل عالماً بالحكم والموضوع والزوج جاهل، ومثله ما لوكان الزوج الجاهل عين الزوجه {لا يوجب الحرمه الأبـديه، لأن المناط} فى التحريم {علم الزوج} كما هو الظاهر من النص والفتوى {لا وليه أو وكيله}.

ومثلهما الفضولى كما تقدم فى المسأله السابقه.

{نعم لوكـان وكيلاًـ فى تزويـج امرأه معينه وهى فى العـده} بـأن قـال الزوج: زوّج لى فـاطمه، والزوج يعلم أن فاطمه فى العـده، {فالظـاهر كونه كمباشـرته بنفسه} فى أنه إذا علم الزوج أنهـا فى العـده وعلم بـالحرمه حرمت عليه أبـداً، وذلك لأن الأدله دلت على أن (من تزوج) ونحوه، وهو يصدق سواء زوج

لكن المدار علم الموكل لا الوكيل.

بنفسه أو بوكيله، كما أن ظاهر دليل (من بنى مسجداً) ونحوه يشمل المباشر والموكل.

{لكن المدار علم الموكل لا الوكيل} لعله ذكر هذه الاستدراك لأجل رفع توهم أن هذه الفروع معطوفه على الفرعين السابقين المفروض فيهما علم الولى والوكيل.

ثم إنه لو قال للوكيل: زوج لى إحدى بنات زيد، وهو يعلم أن واحده غير معينه لديه، أو معينه لديه، كفاطمه مثلاً فى العده، فزوج الوكيل المعتده، فهل تحرم عليه أم لا، ظاهر المستمسك الحرمه الأبديه، لأنه يصدق أنه تزوج امرأه فى عدتها وهو عالم.

لكن فيه خفاء، لأن النص منصرف عن مثله، ولوكان مثل هذا الانصراف ليس موجوداً فى بعض الأماكن الأخر، كما إذا قال له: اقتل أحد هؤلاء، وكانوا خمسه أحدهم مسلم محقون الدم، والأربعه كفار مهدور الدم، فإنه إذا قتل المسلم صدق أن الآمر هو القاتل فيما كان المأمور آله فقط، فتأمل.

ص:٢٩

مسأله ۳ المطلقه رجعیه زوجه

(مسأله ۳): لا إشكال فی جواز تزويج من فی العده لنفسه، سواء كانت عده الطلاق أو الوطی شبهه أو عده المتعه أو الفسخ بأحد الموجبات أو المجوزات له، والعقد صحيح إلاّ فی العده الرجعيه فإن التزويج فيها باطل، لكونها بمنزله الزوجه

(مسأله ۳): {لا إشكال فی جواز تزويج من فی العده لنفسه} كما لا خلاف إذا لم يكن هناك محذور خارجی، كما إذا ارتد الزوج أو ما أشبه ذلك، وذلك لأن أدله المنع منصرفه إلى ما كان فی عده الغير، كما أن المنساق إلى الذهن ما ذكره المستمسك وغيره من أن العده إنما شرعت احتراماً لذی العده فلا تمنع من التزويج بنفس ذی العده.

{سواء كانت عده الطلاق} الطلاق القابل لنكاح الزوج فيه، {أو الوطی شبهه} لخليه، أما المتزوجه ونحوها فواضح أنه لا يحق للواطی شبهه نكاحها، {أو عده المتعه} إذا لم يكن محذور، كما إذا كانت أمه ولم يرض مولاها بنكاحها.

{أو الفسخ بأحد الموجبات} للفسخ كالكفر {أو المجوزات له} كالفسخ بالعيوب، فإنه يجوز الفسخ لا أنه يوجبه.

{و} إذا عقد فی حال عده نفسه فـ {العقد صحيح} بلا إشكال كما عرفت {إلا فی العده الرجعيه فإن التزويج فيها باطل كونها بمنزله الزوجه}، والزوجه لا تعقد عليها مره ثانيه لأن العقد عليها لغو.

ثم إن المستفاد من النص والفتوى أن المطلقه طلاقاً رجعياً لا يؤثر الطلاق فی بينونتها إلاّ عند انقضاء العده، فهی زوجه قابله للانفكاك إذا بقيت بلا إرجاع، ولذا

وإلا فی الطلاق الثالث الذی یحتاج إلی المحلل فإنه أیضاً باطل بل حرام ولکن مع ذلک لا یوجب الحرمه الأبدیه

قال فی الجواهر، فی لواحق کتاب الطلاق: والمسأله الثانیه إن نفقتها کنفقه الزوجیه بل هی هی، لأن الطلاق لم یسقطها، وفی الجمله من الروایات استحباب أن تتزین للرجل، (لعل الله یحدث بعد ذلک أمراً)((۱)).

وبهذا یظر أن قول المستمسک بصحه نکاحکها من جدید فی حال العده الرجعیه ویترتب علی صحه العقد ثبوت المهر واستحقاقه بالدخول وغیر ذلک من أحکام الزوجیه الحدیثه، محل منع.

{وإلا فی الطلاق الثالث الذی یحتاج إلی المحلل فإنه} بدون المحلل {أیضاً باطل} لم یقره الشارع {بل حرام} لعله استفید حرمته من النهی الوارد فی النص والفتوی، فإنه لا منافاه بین التکلیف والوضع کما فی عقد حال الإحرام وغیره.

ومنه یعلم أن ما ذکره المستمسک من أنه لم یقف علی هذه الحرمه محل نظر.

{ولکن مع ذلک} الذی ذکرنا أنه باطل حرام {لایوجب الحرمه الأبدیه}

۱- سوره الطلاق: الآیه ۱

وإلا فی عـده الطلاق التاسع فی الصوره التی تحرم أبداً، وإلا فی العده لوطئه زوجه الغیر شـبهه لکن لا من حیث کونها فی العده، بل لکونها ذات بعل، وکذا فی العده لوطئه فی العده شبهه إذا حملت منه بناءً علی عدم تداخل العدتین،

للأصل بعـد عـدم الـدلیل علیها، {وإلا فی عـده الطلاق التاسع فی الصوره التی تحرم أبداً} فإنه سـیأتی فی کتاب الطلاق الکلام حول الطلاق التاسع لا یکون موجباً للحرمه الأبدیه إذا لم تتوفر فیه الشروط المذکوره هناک.

وکیف کان، فإن نکاح المطلق طلاقاً تاسعاً لزوجته المطلقه فی العده لا یؤثر فی صحه العقد.

{وإلا فی العده لوطئه زوجه الغیر} أو امرأه تحرم علیه {شبهه} فإنه لا یصح نکاحه فی العده.

{لکن} عدم صـحه النکاح {لا من حیث کونها فی العده، بل لکونها ذات بعل} أو کونها تحرم علیه لسـبب آخر کالمحارم نسباً أو رضاعاً أو کالحرمه لأنها أمه الغیر أو ما أشبه ذلک.

{وکـذا} لیس العقـد صـحیحاً {فی العـده} العـده عن غیر الواطی {لوطئه فی العـده شـبهه إذا حملت منه} کـأن وطأ زیـد امرأه محرمه علیه، لکونها فی عـده طلاق عمرو مثلاً وطیاً شـبهه فحملت منه، فإن العده من الحمل لها توجب أن لا یصح عقدها له فی هذه العده الأولی للحمل، کما لا یصح عقدها له فی العده الثانیه، عده الطلاق.

{بناءً علی عدم تداخل العدتین} عده الطلاق من زواجها المطلق، وعده وطی الشبهه من الرجل الذی وطأها شبهه.

ص:٣٢

فإن عده وطى الشبهه حينئذ مقدمه على العده السابقه التى هى عده الطلاق أو نحوه لمكان الحمل، وبعد وضعه تأتى بتتمه العده السابقه، فلا يجوز له تزويجها فى هذه العده، أعنى عده وطى الشبهه وإن كانت لنفسه، فلو تزوجها فيها عالماً أو جاهلاً بطل

{فإن عده وطى الشبهه حينئذ مقدمه على العده السابقه التى هى عده الطلاق أو نحوه} من سائر العدد، كعده الوفاه وعده الفسخ، وإنما تقدم عده وطى الشبهه على عده الطلاق {لمكان الحمل} فإنها لما حملت من وطى الشبهه كانت عده وطى الشبهه مده الحمل، ومده الحمل تبدأ من حين الوطى.

{وبعد وضعه} أى وضع المرأه الطفل (الحمل) {تأتى بتتمه العده السابقه} كعده الطلاق {فلا يجوز له تزويجها فى هذه العده (عده الحمل) {لنفسه} نفس الواطى شبهه، مثلاً عمرو طلق زوجته وانقضى على ذلك قرء فوطأها زيد شبهه فحملت منه، فإن مده الحمل هى فى عده زيد لوطى الشبهه، وبعد انقضاء مده الحمل كتسعه أشهر مثلاً ووضعها للولد، تتم بقيه عده الطلاق، أى قرئين آخرين، فإن عده الطلاق ثلاثه قروء، فإن الواطى شبهه لا يحق له تزويج المرأه فى عده الحمل، مع أن عده الحمل تكون من نفس هذا الواطى شبهه، {فلو تزوجها فيها عالماً} بالموضوع والحكم {أو جاهلاً} بهما أو بأحدهما {بطل} العقد، للمناط فى عدم جواز العقد فى عده الغير، فإنها الآن وإن لم تكن فى عده الغير لكن لها حاله مستقبليه حيث تكون بعد وضع الحمل فى عده الغير، والعرف الملقى إليه دليل حرمه النكاح فى عده الغير لا يرى فرقاً بين أن يكون العقد فى حال العده، أو أن

ولكن فى إيجابه التحريم الأبدى إشكال.

يكون العقد فى حال تدخل الزوجه فى المستقبل فى العده، فإن المستفاد من الأدله عرفاً عدم جواز التزويج إلّا بعد انتهاء العده.

{ولكن فى إيجابه} عقد هذه المرأه الحامل {التحريم الأبدى} فى صوره العلم بالموضوع والحكم {إشكال}، من جهه أن أدله التحريم لا تشمل إلّا العقد فى نفس العده، لا فى وقت تكون المرأه فى المستقبل فى العده.

ثم لا يخفى أنه كما لا يحق للواطى شبههً نكاح المرأه فى مده عده الحمل، كذلك لا يحق للزوج المطلق أن ينكح هذه المرأه فى عده الحمل، وإن جاز له أن ينكحها فى عده الطلاق الآتيه بعد وضع المرأه، إذ عده الحمل ليست للزوج المطلّق، بل للواطى شبههً كما هو واضح، وسيأتى تتمه المسأله فى المسأله العاشره.

أما تقدم عده وطى الشبهه على عده الطلاق فسيأتى الكلام فيه فى مبحث الطلاق إن شاء الله تعالى.

ص:۳۴

مسأله ۴ الاعتبار فی الدخول

(مسأله ۴): هل یعتبر فی الدخول الذی هو شرط فی الحرمه الأبدیه فی صوره الجهل أن یکون فی العده، أو یکفی کون التزویج فی العده مع الدخول بعد انقضائها، قولان،

(مسأله ۴): هل یعتبر فی الدخول الذی هو شرط فی الحرمه الأبدیه فی صوره الجهل} بالموضوع أو الحکم {أن یکون فی العده} فإذا عقد فی العده جاهلاً ثم دخل بعد أن خرج العده لم یکن الدخول موجباً للحرمه الأبدیه.

{أو یکفی} فی الحرمه الأبدیه {کون التزویج فی العده مع الدخول} الکائن ذلک الدخول {بعد انقضائها}.

{قولان}، اختار أولهما المسالک وتبعه الجواهر، وذلک لأصاله عدم الحرمه الأبدیه بعد عدم إمکان العمل بإطلاق الأخبار الداله علی الحرمه الأبدیه بالدخول، وإنما لا- یمکن العمل بإطلاقها لاحتفافها بما یمکن أن تکون قرینه، مثلاً فی صحیحه: «إن کان دخل بها فرق بینهما ولم تحل له أبداً واعتدت ما بقی علیها من الأول» فإنه نص فی أن الدخول کان فی العده.

وفی صحیحه علی بن رئاب، عن حمران: «إن کانت تزوجته فی عدتها لزوجها الذی طلقها علیها الرجعه فإنی أری أن علیها الرجم»، فإن الرجم لا یکون إلّا بالدخول فی العده.

إلی غیر ذلک من الروایات المشعره بذلک.

ومنه یعلم أنا لا نحتاج إلی تقیید المطلق بهذ الأخبار، حتی یقال: إن المقید لا یتوی علی تقیید المطلق لعدم التنافی فی الحکم بینهما، بل یکفی اکتناف الکلام بما یصلح أن یکون قرینه وهو حاصل، بالإضافه إلی الانصراف إلی الدخول فی حال العده، ولو شک فی الحکم ولم یجر أصل موضوعی فالأصل الحل، بل الانصراف آت فی مطلقات الفقهاء أیضاً، فقول الریاض إن الفتاوی کالنصوص مطلقه

ص:۳۵

إن الأحوط الثانی، بل لا یخلو عن قوه، لإطلاق الأخبار بعد منع الانصراف إلی الدخول فی العده.

فی إفاده التحریم بالدخول، وإن کان الدخول بعد العده غیر ظاهر الوجه.

نعم لا إشکال فی {أن الأحوط الثانی} أی التحریم الأبدی.

أما ما اختاره المصنف بقوله: {بل لا یخلو عن قوه، لإطلاق الأخبار بعد منع الانصراف إلی الدخول فی العده} ففیه ما تقدم، ولذا اختار السیدان الحکیم والجمال عدم الحرمه الأبدیه، کما منع القوه، واحتاط فی المسأله السیدان ابن العم والاصطهباناتی.

ولو شک فی أن الدخول صار فی العده کان الأصل تأخر الحادث.

ویأتی فی المقام مسأله مجهولی التاریخ.

ص:۳۶

مسأله ۵ لو شک أنها فی العده

(مسأله ۵): لو شك أنها فی العده أم لا، مع عدم العلم سابقاً، جاز التزويج خصوصاً إذا أخبرت بالعدم

(مسأله ۵): {لو شك أنها فی العده أم لا، مع عدم العلم سابقاً} بأحد الأمرين، إذ لو علم بأحدهما استصحب المعلوم، {جاز التزويج} لأصاله عدم كونها فی العده.

وكذا لو شكت هی، وهكذا لو شك الرجل فی أنه فی عده الأخت أو عده الرابعه، أو شكت هی، وإذا شك العاقد حمل فعل المسلم على الصحيح، فلا يحتاج إلى التحقيق.

ولو علم بأن إحداهما أو أحدهما أو هذا أو هذه ــ فی عقدين ــ فی العده، وكان كلاهما محل الابتلاء لم يجز عقد أحدهما، لمكان العلم الإجمالی، وإن كان العقدان فی زمانين، لما حقق فی الأصول من عدم الفرق فی العلم الإجمالی بين الدفعيه والتدريجيه.

أما إذا علم بأن الزوج أو الزوجه فی العده، فهو علم تفصيلی بعدم الجواز، كما أن الرجل إذا علم بأنه أو من يريد زواجها فی العده، وكذلك المرأه إذا علمت بأنها أو الزوج فی العده، لم يجز الزواج لأنه علم تفصيلی.

ولو علم العاقد بأن أحدهما ــ فی عقدين ــ فی العده، لكن لم يكن أحدهما محل الابتلاء، أو كان أطراف العلم غير محصور فلا بأس بعقده.

ولا يخفى أن المراد بعدم الجواز عدم ترتيب الأثر، أما مجرد إجراء اللفظ فيمكن أن يقال: ليس بمحرم، للأصل إلّا فيما علم حرمته، كما تقدم من عدم جواز العقد فی العده تكليفاً، كما أنه يوجب الحرمه الأبديه وضعاً.

{خصوصاً إذا أخبرت بالعدم} فإنه لا إشكال فی قبول قبولها، بل

وكذا إذا علم كونها فى العده سابقاً وشك فى بقائها إذا أخبرت بالانقضاء

هو المشهور، ويدل على ذلك أنها ذات اليد على نفسها، فكما يقبل قولها فى الطهاره والنجاسه لبدنها أو ثوبها أو ما أشبه ذلك، يقبل قولها فى أنها فى العده أو لا.

ويدل عليه السيره القطعيه، وصحيح زراره، عن أبى جعفر (عليه السلام) قال: «العده والحيض للنساء إذا ادعت صُدقت».

بل ويؤيده أو يدل عليه بالمناط، الروايات الكثيره الوارده فى جمله من المقامات الأخر، مثل الأخبار الوارده فى المتعه.

كخبر محمد بن عبد الله الأشعرى، قلت للرضا (عليه السلام): الرجل يتزوج المرأه فيقع فى قلبه أن لها زوجاً، قال (عليه السلام): «ما عليه، أريت لو سألها البينه كان يجد من يشهد أن ليس لها زوج»((١)).

وقال محمد بن راشد: قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): إنى تزوجت المرأه متعه فوقع فى نفسى أن لها زوجاً ففتشت عن ذلك فوجدت لها زوجاً، قل: «ولم فتشت»((٢)).

وخبر أبان بن تغلب، قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): إنى أكون فى بعض الطرقات فأرى المرأه الحسناء ولا آمن أن تكون ذات بعل أو من العواهر، قال: «ليس هذا عليك، إنما عليك أن تصدقها فى نفسها»((٣)).

إلى غيرها من الروايات.

{وكذا إذا علم كونها فى العده سابقاً، وشك فى بقائها إذا أخبرت بالانقضاء} لأن قبول قولها حسب ما ذكرناه سابقاً يقتضى ذلك.

١- الوسائل: ج١٥ ص٤٤١ الباب ٢٤ من أبواب العدد ح١

٢- الوسائل: ج١٤ ص٤٥٧ الباب ١٠ من أبواب المتعه ح٥

٣- الوسائل: ج١٤ ص٤٥٧ الباب ١٠ من أبواب المتعه ح٣

وأما مع عدم إخبارها بالانقضاء فمقتضى استصحاب بقائها عدم جواز تزويجها، وهل تحرم أبداً إذا تزوجها مع ذلك، الظاهر ذلك

وكذا إذا علم بأنها كانت فى عده، فإن كانت فى عده كبيره كانت باقيه، وإن كانت فى عده صغيره فقد خرجت من العده، فأخبرت أنها كانت فى عده صغيره.

{وأما مع عدم إخبارها بالانقضاء فمقتضى استصحاب بقائها} أى بقاء العده {عدم جواز تزويجها}، وكذلك بالنسبه إلى أخت الزوجه والخامسه بعد طلاق الرجل الرابعه إن أخبر بانقضاء العده فيها، وإلا كان مقتضى الاستصحاب عدم خروج الرجل من العده.

{وهل تحرم أبداً إذا تزوجها مع ذلك} الاستصحاب {الظاهر ذلك} لأن الاستصحاب قائم مقام العلم، فكما أنها تحرم إذا علم بكونها فى العده وتزوجها، كذلك إذا استصحب أو قامت أماره أو ما أشبه ذلك.

وبهذا أفتى المستمسك، وسكت على المتن جمله من المعلقين، لكن ينبغى أن يقيد ذلك بما إذا كان ملتفتاً واستصحب، وإلا لم يجر الاستصحاب كما حقق فى الأصول، وجهله يعذره عن الحرمه الأبديه.

لكن فى تعليقه ابن العم قال عند قول المصنف: (الظاهر ذلك): (فيه إشكال، إلاّ إذا دخل بها).

وفى تعليقه السيد البروجردى: (إذا دخل بها ولم ينكشف الخلاف، وأما مع الانكشاف فلا تحرم، ومع الدخول لا يخلو من الإشكال).

أقول: أما مع انكشاف الخلاف فلا إشكال فى عدم الحرمه، إذ الأحكام تابعه للمواضيع الواقعيه لا الوهميه.

وأما الإشكال إذا لم يدخل، والحرمه إذا دخل، فكأنه لأجل أن استصحاب العده

وإذا تزوجها باعتقاد خروجها عن العده، أو من غير التفات إليها، ثم أخبرت بأنها كانت فى العده، فالظاهر قبول قولها وإجراء حكم التزويج فى العده، فمع الدخول بها تحرم أبداً.

لا يثبت حرمه النكاح إلّا على الأصل المثبت، أما إذا دخل فالأصل حرمه الدخول، لكن فى كلا الامرين تأمل.

{وإذا تزوجها باعتقاد خروجها عن العده، أو من غير التفات إليها} بأن لم يلتفت إلى احتمال أنها فى العده {ثم أخبرت بأنها كانت فى العده، فالظاهر} عدم {قبولها}، فإن أصاله الصحه لا تدع مجالاً لقبول قولها، كما إذا ادعت بعد التزويج أنها لم تكن راضيه عند العقد، أو ادعت أن زوجها الأول طلقها فى حال الحيض أو فى طهر المواقعه أو ما أشبه، إلّا إذا تحقق صحه كلامها.

{و} عليه لا ـ {إجراء} لـ {حكم التزويج فى العده} بمجرد ادعائها، وكأنه لما ذكرنا قال السيد البروجردى: (إن الظهور المذكور محل تأمل)، وفى تعليقه أخرى: (إن ما ذكرناه المصنف أحوط).

وعلى هذا فلا أثر لكلامها.

{فمع الدخول بها} لم {تحرم أبداً} ولا يحتاج الزوج إلى التحقيق حول صدقها، ويظهر تقدم أصل الصحه على الدعوى بعد وقوع العقد من بنائهم فى مختلف المسائل التى ذكروها فى أبواب المعاملات والنكاح والطلاق وغيرها، مثل ما ذكره الشرائع من أنه (لو راجع المطلق زوجته فادعت بعد الرجعه انقضاء العده قبل الرجعه، فالقول الزوج، إذ الأصل صحه الرجوع) انتهى.

ص:٤٠

مع أن إطلاق كونها مصدقه يقتضى عدم صحه الرجوع، إلى غيرها من المسائل.

ومنه يعلم أن تعليق المستمسک على قوله: (فالظاهر قبول قولها) بقوله: (لمصحح زراره المتقدم وغيره بل هو المتيقن من المصحح) انتهى. غير ظاهر الوجه.

نعم لو حقق الزوج وكان قد دخل، فثبت صحه قولها، حرمت أبداً، لأنه دخول فى العده.

ص:۴۱

مسأله ۶ حكم الجهل بالحكم وبالموضوع فى العده

(مسأله ۶): إذا علم أن التزويـج كان فى العـده مع الجهل بها حكماً أو موضوعاً، ولكن شك فى أنه دخل بها حتى تحرم أبـداً أو لا، يبنى على عـدم الـدخول، وكـذا إذا علم بعـدم الدخول بها، وشك فى أنها كانت عالمه أو جاهله، فإنه يبنى على عدم علمها، فلا يحكم بالحرمه الأبديه.

(مسأله ۶): {إذا علم أن التزويـج كان فى العده مع الجهل بها حكماً أو موضوعاً، ولكن شك فى أنه دخل بها حتى تحرم أبداً أو لا، يبنى على عدم الدخول}، لأن الأصل عدم الدخول، فلو علم إجمالاً بالدخول إما بهذه الزوجه أو بزوجته الأخرى، لم ينفع فى الحرمه الأبديه، لأن أحد طرفى العلم الإجمالى لا أثر له.

نعم لو علم بالدخول بهذه أو بالأخرى فى حال الحيض، وجب الاجتناب لوجود الأثر لكلا الطرفين، وكذا إذا علم بأنه دخل بهذه أو بالأخرى التى هى أيضاً نكحها فى العده.

{وكـذا إذا علم بعـدم الدخول بها، وشك فى أنها} حال العقد {كانت عالمه أو جاهله، فإنه يبنى على عدم علمها} لأصاله عدم علمها {فلا يحكم بالحرمه الأبديه}.

كما أنه كذلك لا يحكم بالحرمه الأبديه إذا شك فى أنه حال التزويج هل كان عالماً أم لا.

ولو شك فى أنه حال العقد مع علمهما هل كان هازلاً أم لا، فالأصل الصحه، فتحرم أبداً.

ص:۴۲

مسأله ۷ العلم الإجمالی بالعده

(مسأله ۷): إذا علم إجمالاً ـ بکون إحدی الامرأتین المعینتین فی العده ولم یعلمها بعینها، وجب علیه ترک تزویجهما، ولو تزوج إحداهما بطل، ولکن لا یوجب الحرمه الأبدیه، لعدم إحراز کون هذا التزویج فی العده

(مسأله ۷): {إذا علم إجمالاً ـ بکون إحدی الامرأتین المعینتین فی العده ولم یعلمها بعینها، وجب علیه ترک تزویجهما} للعلم الإجمالی بوجوب اجتناب إحداهما لکن بشرط أن تکون الثانیه محلاً للابتلاء، لا ما إذا علم الفقیر أنه إما بنت الملک التی لا تعطی له قطعاً أو هذه المرأه التی یرید زواجها فی العده، فإنه یجوز له الزواج بها، لعدم تنجیز العلم الإجمالی.

{ولو تزوج إحداهما بطل} ظاهراً، أی لم یترتب علیه الأثر لأصاله عدم ترتب الأثر فی کل مورد لا یعلم توفر الشروط.

{ولکن لا یوجب الحرمه الأبدیه، لعدم إحراز کون هذا التزویج فی العده} لأصاله عدم الحرمه الأبدیه، نظیر ما لو توضأ بأحد الإنائین المعلوم نجاسه أحدهما، فإنه یبنی فیه علی عدم ترتب الأثر عملاً باستصحاب الحدث.

أما ما ذکره المستمسک من استثناء ما إذا کان الحال السابقه فی المرأتین معاً أنهما فی العده، وعلم خروج إحداهما منها وبقاء الأخری فیها، فیجوز جریان الاستصحاب فیهما معاً، لما لم ینافیا العلم عملاً، ومقتضاه حرمتها الأبدیه.

ففیه: ما قررناه فی الأصول، من أن الأصل لا یجری فی طرفی العلم الإجمالی، لوجود العلم.

ص:۴۳

نعم لو تزوجهما معاً حرمتا عليه فی الظاهر، عملاً بالعلم الإجمالی.

{نعم لو تزوجهما معاً} ولو فی زمانین {حرمتا علیه فی الظاهر، عملاً بالعلم الإجمالی} وإن لم تحرم غیر ذات العده علیه واقعاً، ویثمر ذلک أن إنساناً آخر لا یقدر علی زواج کلتیهما، لأنه یعلم أن إحداهما ذات زوج.

أما بالنسبه إلی المرأه فلا بأس بزواج أیهما ممن شائت، لأنها تعلم أنها هی مزوجه أو الأخری، ومثل هذا العلم غیر مؤثر، بل هو من قبیل واجدی المنی.

ص:۴۴

مسأله ۸ لو شک بأنها فی عده نفسه أو غیره

(مسأله ۸): إذا علم أن هـذه الامرأه المعینه فی العـده، لکن لا یدری أنها فی عده نفسه أو فی عده لغیره، جاز له تزویجها، لأصاله عدم کونها فی عده الغیر، فحاله حال الشک البدوی.

(مسأله ۸): {إذا علم أن هذه الامرأه المعینه فی العده، لکن لا یدری أنها فی عده نفسه أو فی عده لغیره، جاز له تزویجها، لأصاله عدم کونها فی عده الغیر}، ولا یعارضها أصاله عدم کونها فی عده نفسه، لعدم الأثر لهذا الأصل.

{فحاله حال الشک البـدوی} الجاری فیه الأصل، ولو علم أنها فی العـده، لکن شک فی أنها عـده الوفاه الطویله، أو عده الطلاق القصـیره، فالأصل عدم الحرمه بعد انقضاء الزمان القصیر، ولا یعارضه أصل بقاء کونها فی العده، لأنه من قبیل المسببی، والأصل السببی مقدم علیه.

ص:۴۵

مسأله ۹ صور التزويج بذات البعل

(مسأله ۹):

(مسأله ۹): لو تزوج بذات البعل فله أربع صور: لأنه إما عالم، أو جاهل، وعلى كل حال أما أن يدخل بها، أو لا.

الأولى: أن يكون عالماً ودخل بها، ولا إشكال ولا خلاف فى الحرمه الأبديه فى هذه الصوره.

ويدل عليه جمله من النصوص:

كموثق أديم بن الحر، قال أبو عبد الله (عليه السلام): «التى تتزوج ولها زوج يفرق بينهما ولا يتعاودان أبداً»((۱)).

وموثق زراره، عن أبى جعفر (عليه السلام)، فى امرأه فُقد زوجها أو نعى إليها فتزوجت، ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلقها، قال (عليه السلام): «تعتد منهما جميعاً ثلاثه أشهر عده واحده، وليس للآخر أن يتزوجها أبداً»((۲)).

وموثقه الآخر، عنه (عليه السلام)، قال: «إذا نعى الرجل إلى أهله أو أخبروها أنه قد طلقها فاعتدت وتزوجت، فجاء زوجها الأول، فإن الأول أحق بها من هذا الأخير، دخل بها أو لم يدخل بها، وليس للآخر أن يتزوجها أبداً، ولها المهر بما استحل من فرجها»((۳)).

ومرفوع أحمد بن محمد: «إن الرجل إذا تزوج امرأه وعلم أن لها زوجاً، فرق بينهما ولم تحل له أبداً»((۴)).

ص:۴۶

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۳۴۱ الباب ۱۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۱

۲- الوسائل: ج۱۴ ص۳۴۱ الباب ۱۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۲

۳- الوسائل: ج۱۴ ص۳۴۲ الباب ۱۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۶

۴- الوسائل: ج۱۴ ص۳۴۳ الباب ۱۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۱۰

والرضوی، قال (علیه السلام): «من تزوج امرأه لها زوج ودخل بها أو لم یدخل بها، أو زنی بها لم یحل أبداً»((۱)).

هذا بالإضافه إلی المناط فی أخبار ذات العده المتقدمه، فإنها إن لم تکن دلیلا فلا شک فی کونها مؤیده.

وهل علم المرأه _ دون الرجل _ کعلم الرجل، لا یبعد ذلک، لقاعده المشارکه فی التکلیف، بالإضافه إلی المناط فی أخبار ذات العده.

الثانیه: أن یکون عالماً ولم یدخل بها، وهذا موجب للحرمه الأبدیه أیضاً، ویدل علیه إطلاق الموثق وغیره.

الثالثه: أن یکون جاهلاً ودخل بها، وهذا یوجب الحرمه الأبدیه أیضاً، ویدل علیه بعض الروایات السابقه.

نعم یعارضها صحیح عبد الرحمان بن الحجاج، قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن رجل تزوج امرأه ثم استبان له بعد ما دخل بها أن لها زوجاً غائباً فترکها، ثم إن الزوج قدم فطلقها أو مات عنها أیتزوجها بعد هذا الذی کان تزوجها ولم یعلم أن لها زوجاً، قال (علیه السلام): «ما أحب له أن یتزوجها حتی تنکح زوجاً غیره»((۲)).

قال فی الوسائل: (لعل الدخول هنا بمعنی الخلوه لما تقدم، ویمکن

۱- المستدرک : ج۲ ص۵۷۷ الباب ۱۶ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۱

۲- الوسائل: ج۱۴ ص۳۴۱ الباب ۱۶ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۴

أن يراد منه أنه يتركها حتى تتزوج زوجاً غيره، وإن كانت لا تحل له بعد ذلك، إذ ليس بصريح فيه) انتهى.

ولا يخفى بُعد كلا التوجيهين، ولذا قال فى المستمسک بعد نقله عن الوسائل توجيهه الأول: إنه بعيد، لكنه أولى من التصرف فى النصوص السابقه.

أقول: حيث إن التعارض ظاهر بين الطائفتين تقدم الأولى على الثانيه بالشهره المحققه، وبتأييد روايات الدخول فى العده، اللهم إلّا أن يقال: بعدم التأييد لاحتمال أشديه المنع فى العده، حيث يتعارف عند غير المبالين الزواج فى العده لعدم أهميتهم بها، وليس كذلك ذات الزوج، بل نكاح ذات الزوج لا يكون إلّا نادراً جداً، فمن الممكن تشديد الشارع بالنسبه إلى ذات العده بما لم يشدد مثله فى ذات الزوج.

الرابعه: أن يكون جاهلاً ولم يدخل بها، وهذا لا يوجب الحرمه الأبديه على المشهور، بل عن المسالك إنه لا إشكال فى الحل، وعن الحدائق ليس فيه خلاف يعرف، وعن الرياض دعوى الإجماع عليه.

ويدل عليه بالإضافه إلى المناط فى أخبار تزويج ذات العده، صحيح عبد الرحمان بن الحجاج، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل تزوج امرأه ولها زوج وهو لا يعلم، فطلقها الأول أو مات عنها ثم علم الأخير أيراجعها، قال (عليه السلام): «لا، حتى تنقضى عدتها»((۱)).

فانها تقيد إطلاقات المنع، كما أنها مقيده بما دل على الحرمه

ص:۴۸

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۱۴۱ الباب ۱۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۳

يلحق بالتزويج فى العده فى إيجاب الحرمه الأبديه تزويج ذات البعل

الأبديه مع الدخول.

ومما تقدم تعرف وجه النظر فى كلام القواعد وكاشف اللثام والبروجردى فى تعليقه.

قال الأول: (ولو تزوج بذات البعل ففى إلحاقه بالمعتده إشكال، ينشأ من عدم النصوص ومن أولويه التحريم) انتهى.

وفيه: وجود النص، وعدم القطع بالأولويه.

وقال الثانى: إنه لو عمل بأخبار التحريم أمكن الحكم بالتحريم مطلقاً مع الجهل والعلم، ومع الدخول وبدونه لإطلاقها.

وفيه: ما قد عرفت من عدم الإطلاق، بل الصناعه تقتضى تقييد بعضها ببعض.

وقال الثالث عند قول الماتن: (يلحق بالتزويج): (على إشكال).

وفيه: إن ظاهر إشكاله يعود إلى كل صور المسأله، مع وضوح أن بعض صور المسأله يدل عليها النص والإجماع كما عرفت.

وعلى هذا فما ذكره المصنف هو الأوفق بالقواعد، قال: {يلحق بالتزويج فى العده فى إيجاب الحرمه الأبديه تزويج ذات البعل} ممن أقر الإسلام صحه زواجه، ولو لم تكن مسلمه كأهل الكتاب، وذلك لإطلاق الأدله.

نعم لوكانت هى فى دينها لا ترى بأساً بذلك، أو كانت ذات مذهب إسلامى لا يرى بأساً، فهل تحرم من جهه إطلاق الأدله، أم لا تحرم من جهه قاعده «ألزموهم»، احتمالان، وإن كان لا يبعد عدم الحرمه، إلّا فيما دل دليل خاص يستثنى ذلك من

فلو تزوجها مع العلم بأنها ذات بعل حرمت عليه أبـداً مطلقاً، سواء دخل بها أو لا، ولو تزوجها مع الجهل لم تحرم إلاّ مع الـدخول بها، من غير فرق بين كونها حرةً أو أمةً مزوجه، وبين الدوام والمتعه، فى العقد السابق أو اللاحق

القاعده، لوضوح أن القاعده وارده على الأدله الأوليه التى منها حكم التزويج لذات البعل، فتأمل، وقد سـبق بعض الكلام فى هذه القاعده.

{فلو تزوجها مع العلم بأنها ذات بعل حرمت عليه أبداً} وقد سبق الكلام حول ما إذا كان الزوج طفلاً مميزاً وما أشبه.

{مطلقـاً، سواء دخل بها أو لا}، ولا يخفى أن الزواج حقيقه فى الإيجاب والقبول، فلو أوجبت بـدون القبول، أو قبل قبل الإيجاب على القول بلزوم الإيجاب بعد القبول، لم يضر، كما إذا كان عازماً على النكاح ثم فى وسط العقد تغير رأيه فلم يكمله.

{ولو تزوجها مع الجهل} بأنها ذات بعل {لم تحرم إلاّ مع الدخول بها} قبلاً أو دبراً، كما تقدم فى المعتده.

{من غير فرق بين كونها حره أو أمه مزوجه، وبين الـدوام والمتعه} سواء كان أحدهما {فى العقد السابق أو اللاحق}، كل ذلك لإطلاق النص.

ثم إن الظاهر النص والفتوى ولو بقرينه الانصـراف، كون العقـد اللاحق صـحيحاً فى نفسه إذا لم يكن محـذور كونها ذات البعل، فلو عقد على ذات البعل التى هى أخت زوجته، أو كانت الخامسه بالنسبه إليه، أو ما أشبه ذلك، لم يوجب

وأما تزويج أمه الغير بدون إذنه مع عدم كونها مزوجةً فلا يوجب الحرمه الأبديه، وإن كان مع الدخول والعلم.

العقد حرمه أبديه، كما أنه إذا دخل والحال هذه دخل فى مسأله الزنا بذات البعل.

{وأما تزويج أمه الغير بدون إذنه مع عدم كونها مزوجه، فلا يوجب الحرمه الأبديه} للأصل بعد خروجه عن مورد النص، واحتمال تعدى حكم الزوجه إليها لأنها موطوءه المولى بالملك فمناط الزوجه يشلمها غير تام، لعدم القطع بالمناط.

{وإن كان مع الدخول والعلم} وكذا الحكم فى الأمه المحلله.

ص:٥١

مسأله ۱۰ إذا تزوجها فی عده لم تشرع فیها

(مسأله ۱۰): إذا تزوج امرأه علیها عده ولم تشرع فیها کما إذا مات زوجها ولم یبلغها الخبر، فإن عدتها من حین بلوغ الخبر، فهل یوجب الحرمه الأبدیه أم لا، قولان، أحوطهما الأول، بل

(مسأله ۱۰): {إذا تزوج امرأه علیها عده ولم تشرع فیها} شرعاً {کما إذا مات زوجها ولم یبلغها الخبر، فإن عدتها من حین بلوغ الخبر}، کما دل علی ذلک النص والفتوی، وسیأتی الکلام حولها فی مبحث العِدَد من کتاب الطلاق إن شاء الله تعالی.

{فهل یوجب الحرمه الأبدیه}، کما اختاره الریاض، معللاً ذلک بأنه لو تزوجها بعد هذا الزمان فی زمان العده لاقتضی التحریم إلیه ففیه أولی، لأنه أقرب إلی زمان الزوجیه.

{أم لا} کما اختاره القواعد والمسالک، وعلله فی کشف اللثام والجواهر بأنها لیست زوجه ولا معتده، لعدم الاعتداد علیها قبل العلم بالوفاه، فیرجع فیها إلی أصاله الحل، وما ذکره الریاض صرف استحسان أو مناط لم یثبت القطع به.

{أحوطهما الأول} فإن الاحتیاط سبیل النجاه، {بل} هو أشد فی باب الفروج، قال شعیب الحداد: قلت لأبی عبد الله (علیه السلام): رجل من موالیک یقرؤک السلام، وقد أراد أن یتزوج امرأه، وقد وافقته وأعجبه بعض شأنها، وقد کان لها زوج فطلقها علی غیر السنه، وقد کره أن یقدم علی تزویجها حتی یستأمرک فتکون أنت تأمره، فقال أبو عبد الله (علیه السلام): «هو الفرج، وأمر الفرج شدید، ومنه یکون الولد ونحن نحتاط فلا یتزوجها»((۱)).

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۱۹۳ الباب ۱۶ من أبواب مقدمات الن ک اح ح۱

لا يخلو عن قوه.

وعن مسعده بن زياد، عن جعفر (عليه السلام)، عن آبائه (عليهم السلام)، عن النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) قال: «لا تجامعوا فى النكاح على الشبهه، وقفوا عند الشبهه، يقول: إذا بلغك أنك قد رضعت من لبنها وأنها لك محرم وما أشبه ذلك، فإن الوقوف عند الشبهه خير من الاقتحام عند المهلكه»((۱)).

وعن علاء بن سيابه، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن امرأه وكلت رجلاً بأن يزوجها من رجل، ــ إلى أن قال: ــ فقال (عليه السلام): «إن النكاح أحرى وأحرى أن يحتاط فيه وهو فرج، ومنه يكون الولد»((۲)).

لكن الجواز وعدم الحرمه الأبديه {لا يخلو عن قوه} فإنه هو مقتضى القاعده كما عرفت، كما أفتى بذلك المستمسك وجمله من المعلقين.

نعم لا إشكال فى بطلان العقد، كما صرح به غير واحد، لأن المفهوم من النص والفتوى أنه ما دامت علاقه الزوجيه للأول باقيه لا يصح العقد الآخر، لامتناع تحقق علقتين شرعاً بالنسبه إلى امرأه واحده.

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۱۹۳ الباب ۱۶ من أبواب مقدمات الن ك اح ح۲
۲- الوسائل: ج۱۴ ص۱۹۳ الباب ۱۶ من أبواب مقدمات الن ك اح ح۳

مسأله ۱۱ حکم الولد بین الزوج وغیره

(مسأله ۱۱): إذا تزوج امرأه فی عدتها ودخل بها

(مسأله ۱۱): {إذا تزوج امرأه فی عـدتها ودخل بها} فإن کان عن علم وعمـد وحملت وجاء الولد بحیث یحتمل کونه من الزوج ومن المتزوج، فالولد للزوج بلا إشکال، لقاعده «الوالد للفراش».

وإن جـاء الولـد بحیث یقطع کونه لیس من الزوج، فهو ولـد زنـا من العـالم من الزوجین، وغیر زنـا من الجاهـل منهمـا، وإن کانا عالمین کان الولد للزنا من أبویه، وذلک لأن «الولد للفراش» لیس مطلقاً، بل منصرف إلی الولد المحتمل کونه من الزوج.

وإن جاء الولد بحیث یقطع کونه لیس من الممتزوج فهو للزوج بلا إشکال.

أما لو فرض مجیء الولد بحث یقطع أنه لیس منهما، لقصر الزمان أو طوله، فهو من غیرهما، إما بالوطی، أو بجذب الرحم.

ولاـ یخفی أنه إن حکم بکونه من الممتزوج یکون علیه حرامـاً إن کـانت بنتـاً، کمـا قرر فی المخلوق من ماء الزانی، ویحرم علی الوالده تزویجه إن کان ولداً، إلی آخر ما ذکروه فی باب الزنا.

ومثـل الزواج فی العـده من جهه مـا ذکرنـا، الزنا والزواج بـذات البعل، والزنا أو زواج أمه الغیر زواجاً وهی للمولی یروح ویغـدو علیها، لوحده الأدله فی الکل.

ولو تزوجهـا فی العـده أو هی ذات زوج أکثر من واحـد، وکـان احتمال الزوج ممکناً فهو للزوج، وإلا فهو لمن احتمل کونه منه، إن کان واحداً کان له، وإن کان أکثر أقرع بین المحتملات.

وکذا إذا زنی بها نفران وجاء الولد أقرع بینهما، وفائده القرعه حینئذ ظهور أنه من أیهما حتی یترتب علیه أحکام النکاح، إذ بنت الزانی لا یتزوجها

مع الجهل فحملت مع كونها مدخوله للزوج الأول فجاءت بولد فإن مضـى من وطى الثانى أقل من سته أشهر ولم يمض من وطى الزوج الأول أقصى مده الحمل، لحق الولد بالأول، وإن مضى من وطى الأول أقصى المده ومن وطى الثانى سته أشهر

الزانى كما عرفت، وإنما نقول بالقرعه لأنها لكل أمر مشكل.

هذا إذا كان الدخول عن علم وعمد.

أما إذا تزوج بـذات العـده ودخل بها {مع الجهل فحملت مع كونها مدخوله للزوج الأول} أو احتمل كون الزوج أفرغ الماء على فرجها فحملت منه، إذ الرحم تجذب الماء، {فجاءت بولد، فإن مضى من وطى الثانى أقل من سنه أشهر} لأن المعروف أن الولد لا يبقى إذا جاء بأقل من سته أشهر، وسيأتى الكلام فى هذه المسأله فى مكانها إن شاء الله تعالى.

{ولم يمض من وطى الزوج الأول أقصى مده الحمل، لحق الولد بالأول} كما فى المسالك والجواهر، بل ادعى عليه القطع، وفى المستمسك يظهر منهم التسالم عليه.

وتقتضيه قاعده الفراش، إذ الفراش للزوج الأول حال انعقاد النطفه فيكون الولد له.

بالإضافه إلى مرسل جميل، عن بعض أصحابه، عن أحدهما (عليهما إسلام) فى المرأه تزوج فى عدتها، قال: «يفرق بينهما وتعتد عده واحده منهما جميعاً، وإذا جاءت بولد لسته أشهر أو أكثر فهو للأخير، وإن جاءت بولد لأقل من سته أشهر فهو للأول».

{وإن مضى من وطى الأول أقصى المده ومن وطى الثانى سته أشهر أو

أو أزيـد إلى مـا قبل الأقصـى فهو ملحق بالثانى، وإن مضـى من الأول أقصـى المـده ومن الثانى أقل من سـته أشـهر فليس ملحقاً بواحد منهما، وإن مضى من الأول سته فما فوق وكذا من الثانى فهل يلحق بالأول أو الثانى

أزيد إلى ما قبل الأقصـى فهو ملحق بالثانى} كما فى المسالك والجواهر، وعن الرياض بلا إشـكال، وفى المسـتمسك يظهر من كلماتهم أنه لا خلاف فيه، لأن الواطى شبهه غير عاهر فهو فراش، مضافاً إلى مرسل جميل.

{وإن مضـى من الأول أقصـى المـده، ومن الثانى أقل من سـته أشـهر، فليس ملحقاً بواحد منهما} للعلم بانتفائه عنهما، لتولده فى زمان لا يصلح أن يكون لأحدهما.

ومنه يعلم ما لو تولد قبل مضى أقل المده منهما، أو بعد مضى أكثر المده منهما.

{وإن مضـى من الأـول سـته فمـا فوق} دون أقصـى الحمـل، {وكـذا من الثـانى فهل يلحق بالأول} لأنه أصـح الفراشـين، بل هو الفراش الصحيح، إذ الثانى وطى بشبهه والمنصرف من الفراش الصحيح منه، واختار هذا بعض.

{أو الثـانى} كما عن الشـرايع والقواعـد والمسالك وكشف اللثام وغيرها، بل عن المسالك نسـبته إلى الأكثر، وذلك للنصوص الوارده فى المقام، كإطلاق مرسل الجميل المتقدم.

ص:۵۶

أو يقرع

وصحيح الحلبی، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، قال: «إذا كان للرجل منكم الجاريه يطأها، فيعتقها فاعتدت ونكحت، فإن وضعت لخمسه أشهر فإنه لمولاها الذی أعتقها، وإن وضعت بعد ما تزوجت لسته أشهر فإنه لزوجها الأخير»((1)).

وصحيح البزنطی، عمن رواه، عن زراره، قال: سألت أبا جعفر (علیه السلام)، عن الرجل إذا طلق امرأته ثم نكحت وقد اعتدت ووضعت لخمسه أشهر فهو للأول، وإن كان ولدت أنقص من سته أشهر فلأمه وأبيه الأول، وإن ولدت لسته أشهر فهو للأخير ((2)).

وموثق أبی العباس، قال: قال (علیه السلام): «إذا جاءت بولد لسته أشهر فهو للأخير، وإن كان لأقل من سته أشهر فهو للأول»((3)).

ثم إن المرسل يكفی فی الاعتماد بعد أن رواه الصدوق فی الفقيه، وقد تكرر منا حجيه ما فيه إلاّـ إذا علم عدم الحجيه، لأنه (رحمه الله) ضمن، وضمانه كاف.

هذا بالإضافه إلى وحده المناط، وفهم الأصحاب عدم الفصل بين الموارد، مما يوجب التعدی من مورد الروايات الثلاث إلى ما نحن فيه.

{أو يقرع} كما عن المبسوط وفخر الإسلام، لأنها لكل أمر مشكل((4))، والمقام منه، لأن لكل منهما فراشاً، فتتعارض قاعده الفراش فيهما، وحيث لا ترجيح

ص:57

1- الوسائل: ج15 ص115 الباب 17 من أبواب أحكام الأولاد ح1
2- الوسائل: ج15 ص117 الباب 17 من أبواب أحكام الأولاد ح11
3- الوسائل: ج15 ص117 الباب 17 من أبواب أحكام الأولاد ح12
4- الوسائل: ج18 ص189 الباب 3 ح11

والأقوى لحوقه بالثانى لجمله من الأخبار، وكذا إذا تزوجها الثانى بعد تمام العده للأول واشتبه حال الولد.

يتساقطان ويكون المرجع القرعه.

{و} قد ظهر لك مما ذكرناه أن {الأقوى لحوقه بالثانى لجمله من الأخبار} التى تقدمت روايتها.

{وكذا إذا تزوجها الثانى بعد تمام العده للأول واشتبه حال الولد} بل لحوقه هنا بالثانى أقوى، حيث إنه المنصرف من الفراش، فإن زواجاً قد انتهى لا يسمى فراشاً.

ومما تقدم يعلم حكم ما إذا تزوج المرأه فى حال كونها ذات زوج اشتباهاً، فإن الولد للثانى.

ثم إن مفروض مسأله المصنف ما إذا وطأ الزوج أولاً، ووطأ الواطى المشتبه ثانياً، أما إذا كان العكس بأن تزوجها الزوج فوطأها مما يوجب العده ثم طلقها وتزوجها الثانى فى العده اشتباهاً فوطأها، ثم راجعها الزوج، لفرض أنها فى العده فوطأها، وكان الولد محتملاً لأحد الوطيين، وطى الزوج فى العده ووطى المشتبه، ولم يكن من الوطى الأول للزوج قطعاً، فهل يكون الولد للمشتبه، أو للزوج، أو القرعه، احتمالات، وإن كان مقتضى القاعده المستفاده من مناط الروايات أنه هنا للزوج، لأنه ثانى الواطيين.

نعم إذا لم يعلم أن أياً من الزوج والمشتبه وطأ أولاً فالمقام للقرعه، لعدم دليل للإلحاق بأحدهما، والقرعه لكل أمر مشكل، والله العالم.

ص:٥٨

مسأله ۱۲ إذا كانت عدتان

(مسأله ۱۲): إذا اجتمعت عـده وطی الشـبهه مع التزویـج أو لا معه وعـده الطلاق أو الوفاه أو نحوهما، فهل تتـداخل العـدتان، أو یجب التعدد، قولان، المشهور علی الثانی وهو أحوط،

(مسأله ۱۲): {إذا اجتمعت وطی الشـبهه مع التزویـج} الباطل، بأن زوج زواجاً فاقـداً للشـرائط فزعم صـحته فوطأ، فإن الوطی هذا یکون وطی شبهه.

{أو لا معه} کأن زعم أن فلانه زوجته فوطأها بـدون أن یکون زواجاً بینهما أصـلًا، {وعـده الطلاق أو الوفاه أو نحوهما} کعـده الفسـخ وعـده المتعه {فهـل تتـداخل العـدتان} کمـا عن الصـدوق وابن الجنیـد، بل فی الجواهر أنه مال إلیه جماعه من متأخری المتأخرین، والمراد بالتداخل اندراج الأقل تحت الأکثر إذا کان بینهما أقل وأکثر، فإذا اعتدت الأکثر کفی.

{أو یجب التعـدد، قولـن، المشـهور علی الثـانی} وفی الجواهر یمکن دعوی الإجمـاع علیه، بل عن الشـیخ فی الخلاف الإجماع علیه، {وهو أحوط} ویدل علیه بعض الأخبار:

کصـحیح محمد بن مسـلم، عن أبی جعفر (علیه السـلام)، قال: المرأه الحبلی یتوفی عنها زوجها فتضع وتتزوج قبل أن تعتد أربعه أشـهر وعشـراً، فقال (علیه السـلام): «إن کان الذی تزوجها دخل بها فرّق بینهما ولم تحل له أبداً، واعتدت بما بقی علیها من عده الأول، واستقبلت عده أخری من الآخر ثلاثه قروء،

ص:۵۹

وإن لم يكن دخل بها فرّق بينهما وأتمت ما بقی من عدتها وهو خاطب من الخطاب»((۱)).

وصحيح الحلبی، عن أبی عبد الله (عليه السلام) مثله((۲)).

وموثق محمد بن مسلم، عن أبی جعفر (عليه السلام)، قال: سألته عن الرجل يتزوج المرأه فی عدتها، قال: إن كان دخل بها فرّق بينهما ولم تحل له أبداً وأتمت عدتها من الأول عده أخری من الآخر، وإن لم يكن دخل بها فرّق بينهما وأتمت عدتها من الأول وكان خاطباً من الخطاب»((۳)).

وخبر علی بن بشير النبال، عن أبی عبد الله (عليه السلام)، وفيه: «وإن فعلت ذلك بجهاله منها ثم قذفها بالزنا ضرب قاذفها الحد، وفرق بينهما وتعتد بما بقی من عدتها الأولی، وتعتد بعد ذلك عده كامله»((۴)).

وروی السيد المرتضی فی الطبرسيات: إن امرأه نكحت فی العده ففرق بينهما أمير المؤمنين (عليه السلام) وقال: «أيما امرأه نكحت فی عدتها، فإن لم يدخل بها زوجها الذی تزوجها فإنها تعتد من الأول، ولا عده عليها للثانی وكان خاطباً من الخطاب، وإن كان دخل بها فرق بينهما، وتأتی ببقيه العده من الأول ثم تأتی

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۳۴۴ الباب ۱۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۲
۲- الوسائل: ج۱۴ ص۳۴۶ الباب ۱۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۶
۳- الوسائل: ج۱۴ ص۳۴۶ الباب ۱۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۹
۴- الوسائل: ج۱۴ ص۳۴۹ الباب ۱۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۱۸

وإن كان الأول لا يخلو عن قوه حملًا للأخبار الداله على التعدد على التقيه

من الثاني بثلاثه قروء مستقبله»((۱)).

{وإن كان الأول لا يخلو عن قوه} لورود جمله من الأخبار بذلک {حملًا للأخبار الداله على التعدد على التقيه}.

أما يدل على عدم التعدد، فهي صحيح زراره، عن أبي جعفر (عليه السلام)، في امرأه تزوجت قبل أن تنقضي عدتها، قال: «يفرق بينهما و تعتد عده واحده منهما جميعاً»((۲)).

وخبر أبي العباس، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في المرأه تتزوج في عدتها، قال: «يفرق بينهما وتعتد عده واحده عنهما جميعاً»((۳)).

ومرسل جميل عن أحدهما (عليهما السلام)، في المرأه تتزوج في عدتها، قال (عليه السلام): «يفرق بينهما وتعتد عده واحده منهما جميعاً»((۴)).

وخبر زراره، عن الباقر (عليه السلام)، في امرأه فقدت زوجها أو نعي إليها فتزوجت ثم قدم زوجها بعد ذلک فطلقها، قال: «تعتد منهما جميعاً ثلاثه أشهر عده واحده، وليس للآخر أن يتزوجها أبداً»((۵)).

۱- عن طبرسيات المرتضى ک ما في الجواهر: ج۳۲ ص۳۶۵
۲- الوسائل: ج۱۴ ص۳۴۷ الباب ۱۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۱۱
۳- الوسائل: ج۱۴ ص۳۴۷ الباب ۱۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۱۲
۴- الوسائل: ج۱۴ ص۳۴۸ الباب ۱۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۱۴
۵- الوسائل: ج۱۴ الباب ۱۵ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۲

بشهاده خبر زراره وخبر يونس

وقد حمل جماعه الأخبار السابقه على الندب، وأيدوا ذلك بأن العده إما للاحترام أو لعدم الاختلاط، وكلاهما حاصلان من العده الواحده.

وآخرون حملوا أخبار التعدد على التقيه {بشهاده خبر زراره وخبر يونس}.

فعن زراره، عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: سألته عن امرأه نعي إليها زوجها فاعتدت وتزوجت، فجاء زوجها الأول ففارقها الآخر، كم تعتد للثاني، قال (عليه السلام): «ثلاثه قروء، وإنما يستبرؤ رحمها بثلاثه قروء وتحل للناس كلهم»، قال زراره: وذلك أن إناساً قالوا: تعتد عدتين من كل واحده عده، فأبى أبو جعفر وقال (عليه السلام): «تعتد ثلاثه قروء، وتحل للرجال»((1)).

وعن يونس فيما رواه الكافي، عن بعض أصحابه، في امرأه نعي إليها زوجها فتزوجت ثم قدم الزوج الأول فطلقها وطلقها الآخر، قال: فقال إبراهيم النخعي: عليها أن تعتد عدتين، فحملها زراره إلى أبي جعفر (عليه السلام)، فقال: «عليها عده واحده»((2)).

وفي الجواهر: (حكى أن طليحه كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها البته فنكحت في آخر عدتها، ففرق عمر بينهما وضربها بمخفقه وضرب زوجها وفرق بينهما، ثم قال: أيما رجل تزوج امرأه في عدتها، فإن لم يكن دخل بها زوجها الذي تزوجها فرق بينهما، وتأتي ببقيه عده الأول، فإن شاء تزوجها، وإن كان دخل بها فرق

١- الوسائل: ج١٥ الباب ٣٨ من أبواب العدد ح١٥

٢- الوسائل: ج١٥ الباب ٣٨ من أبواب العدد ح١٥

وعلى التعدد يقدم ما تقدم سببه

بينهما وتأتى ببقيه عده الأول ثم تستأنف عده للثانى ثم لا تحل له أبداً)((۱)).

ثم إنه ربما أشكل على روايات وحده العده، بإعراض المشهور عنها، حتى أن الصدوق تنافى كلامه الأول فى وحده العده كلام آخر له فى التعدد، وقد استغرب المستمسك ذلك، وسبقه إلى نقل كلامى الصدوق الجواهر.

لكن فيه: إنه لم يعلم الإعراض المسقط عن الحجيه، لأنهم وجهوها بما يظهر منهم الاعتماد عليها، ولعلهم فعلوا ذلك لمخالفه أخبار الوحده لأصاله عدم التداخل.

وما قربه المصنف هو الأقرب، كما جعله السيد الحكيم مقتضى الإنصاف، وإن قوى أو احتاط الساده ابن العم والجمال والبروجردى فى موافقه المشهور، ولا ريب أنه أحوط.

{و} بناءً {على التعدد} وأنه يلزم أخذ العده لكل سبب مستقلاً {يقدم ما تقدم سببه}، فى المستمسك: (بلا خلاف فيه فى الجمله، ولا إشكال للأصل والنصوص) انتهى.

والمراد بالأصل أصاله فوريه العده بعد سببها، لأنه المنصرف من النص والفتوى.

نعم لا يمكن هذا بالنسبه إلى العده الثانيه التى تكون بعد العده الأولى مباشره.

نعم إذا لم تعلم بموت زوجها ووطأها مشتبه فأخذت عده وطى الشبهه ثم علمت بموت زوجها تكون عده المتأخر مقدمه على عده المتقدم، ولو كانت

۱- الجواهر: ج۳۲ ص۲۶۵ من كتاب الطلاق

معتـده للشـبهه فمات زوجها، فقـد حكى عن المسالك احتمال تقـديم عـده الوفاه لكونها للزوج وهى مسـتنده إلى العقد اللازم، لكن هذا أشـبه بالاسـتحسان، إذ كون العده للزوج لا يلازم تقدمها، واسـتنادها إلى العقد دون اسـتناد عده وطى الشبهه لا يوجب أحقيه عده العقد، فأصاله بقاء عده وطى الشبهه محكمه.

وكذا احتمل أنه لو كانت معتده للشـبهه فطلقها زوجها، فقد احتمل تقديم عده الطلاق لكونها أقوى سـبباً، ورده فى المستمسک بأنه كما ترى خلاف الأصل.

لكن ربما يؤيـد تقـدم عـده الطلاق إذا كان رجعياً، أن ما دل على أن المطلقه رجعه زوجه، يدل على اتصال عدته بالطلاق، وهو أقوى من دلاله اتصال عده وطى الشبهه بالوطى.

ثم إنه إذا اقترن السببان، كما إذا كان وطى الشبهه فى حال جريان الطلاق أو فى آن الموت، فهل يكون لها الخيار فى تقديم أيه العدتين شاءت، أو تقدم عده الوفاه والطلاق على عده الشبهه لأنهما أقوى منها، كما تقدم وجهه، أو تقرع لأنها لكل أمر مشكل، احتمالات، ولعل الأخير أحوط، وإن قال المستمسک بالأول، لعدم المرجح.

ثم إنه بناءً على التعدد لو اجتمعت عليها ثلاث عِدَد، كما إذا وطأها اثنان شبهه وطلقت، فالكلام فى ذلک كما تقدم فى العدتين، والأقوى الاجتماع كما سبق وجهه، فلا حاجه إلاّ إلى عده واحده متداخله.

ثم إنه على التداخل تكون العده ذات حكمين، لأنه لا وجه لتداخل الآثار، وإن كان وجه لتداخل ذوات العدد.

ص:۶۴

إلا إذا كان إحدى العدتين بوضع الحمل فتقدم، وإن كان سببها متأخراً، لعدم إمكان التأخير حينئذ، ولو كان المتقدمه عده وطى الشبهه والمتأخره عده الطلاق الرجعى فهل يجوز الرجوع قبل مجىء زمان عدته

{إلا إذا كان إحدى العدتين بوضع الحمل فتقدم، وإن كان سببها متأخراً}، كما صرح بذلک فى الشرائع والقواعد وغيرهما، وفى غير موضع من الجواهر نفى الخلاف والإشكال فيه، ووافق المتن المستمسک وكل المعلقين الذين ظفرت بهم، إذ سكتوا على المتن، وذلک {لعدم إمكان التأخير حينئذ} وواضح أن مراده عدم الإمكان شرعاً لا عقلاً.

{ولوكانت المتقدمه عده وطى الشبهه والمتأخره عده الطلاق الرجعى} كما لو وطأ الزوجه واطى اشتباهاً ثم طلقها الزوج فعليها عدتان على المشهور، كما تقدم.

{فهل يجوز الرجوع قبل مجىء زمان عدته}، حيث إن ظاهر الأدله أن للزوج الرجوع ما لم تنقض عده الطلاق، واختاره كشف اللثام والجواهر وغيرهما، أم لا، فلا حق للزوج الرجوع فى زمان عده وطى الشبهه، بل له الرجوع إذا جاءت عده الطلاق بعد انتهاء عده الشبهه، لأنها فى حال عده وطى الشبهه ليست فى عده رجعيه، والأدله دلت على جواز الرجوع فى حال عده الطلاق، كما عن القواعد والمسالک قال: (ثانيهما له الرجعه فى زمان إكمالها بعد الحمل، لا زمان الحمل، لأنها حينئذ ليست فى عده رجعيه) انتهى.

قولان، والأقرب الأول، لدلاله جمله من الروايات على الأول.

وهل ترث الزوج إذا مات قبله فی زمان عده وطی الشبهه، وجهان، بل قولان،

ففی صحیح محمد بن مسلم، عن أحدهما (علیهما السلام)، قال: سألته عن رجل طلق امرأته واحده، قال: «هو أملک برجعتها ما لم تنقض العده»((۱)).

وصحیحه الآخر، عن أبی جعفر (علیه السلام)، قال: «وإذا أراد أن یراجعها أشهد علی رجعتها قبل أن تنقضی أقراؤها»((۲)).

وفی خبره، عن أبی جعفر (علیه السلام): «وهو أحق برجعتها ما لم تنقض ثلاثه قروء»((۳)).

وفی موثق عبد الله بن سنان، عن أبی عبد الله (علیه السلام): «فإن طلقها الثانیه أیضاً شاء أن یخطبها مع الخطاب إن کان ترکها حتی یخلو أجلها، فإن شاء راجعها قبل أن ینقضی أجلها، فإن فعل فهی عنده علی تطلیقتین»((۴)).

وصحیح علی بن رئاب، عن یزید الکناسی، عن أبی جعفر (علیه السلام) قال: «لا ترث المختلعه والمخیره والمبارات والمستأمره فی طلاقها، هؤلاء لا یرثن من أزواجهن شیئاً فی عدتهن، لأن العصمه قد انقطعت فیما بینهن وبین أزواجهن من ساعتهن، فلا رجعه لأزواجهن ولا میراث بینهم»((۵)).

{وهل ترث الزوج إذا مات قبله فی زمان عده وطی الشبهه، وجهان، بل قولان

۱- الوسائل: ج۱۵ ص۳۷۱ الباب ۱۳ من أبواب أقسام الطلاق وأحکامه ح۱
۲- الوسائل: ج۱۵ ص۳۷۱ الباب ۱۳ من أبواب أقسام الطلاق وأحکامه ح۴
۳- التهذیب: ج۸ ص۲۸ من أحکام الطلاق ح۴
۴- التهذیب: ج۸ ص۲۹ من أحکام الطلاق ح۵
۵- الوسائل: ج۱۷ ص۵۳۲ الباب۱۳ من أبواب میراث الأزواج ح۶

لا يخلو الأول منهما من قوه، ولو كانت المتأخره عده الطلاق البائن فهل يجوز تزويج المطلق لها فى زمان عده الوطى قبل مجىء زمان عده الطلاق، وجهان

لا يخلو الأول منهما من قوه} كما عرفت وجهه، ويترتب على ذلك سائر الأحكام باستثناء الوطى، كتزيين الزوجه للزوج، وجواز الاستمتاعات بها بعد الرجوع، وأنها لا تخرج من البيت فى عده وطى الشبهه، وعدم جواز تزويج أختها والخامسه فى هذه المده، إلى غير ذلك.

وهذا الوجه الأول هو الذى قرره الساده ابن العم والجمال والبروجردى، كما استظهره المستمسک أيضاً.

ثم على التداخل لا ينبغى الإشكال فى أنه لا يجوز الرجوع إذا انقضت عده الزوج وبقيت عده وطى الشبهه، كما لو حملت من الشبهه وطلقها زوجها فإن عده الطلاق تنقضى قبل انقضاء عده وطى الشبهه، وعليه لا يجوز للزوج الرجوع بعد انقضاء وطى الشبهه.

{ولو كانت المتأخره عده الطلاق البائن} كما لو وطأها المشتبه وهى زوجه، ثم طلقها الزوج طلاقاً خلعياً، فإنها تقدم عده وطى الشبهه ثم تعتد عده طلاق الخلع.

{فهل يجوز تزويج المطلق لها فى زمان عده الوطى قبل مجىء زمان عده الطلاق، وجهان} بل قولان:

الأول: المنع، لإطلاق دليل منع النكاح على كل معتده، وقد تقدم من المصنف أنه لا يجوز التزويج بذات العده، وإن كانت عده وطى الشبهه، ولأنه لا يصح الاستمتاع بالمعتده بوطى الشبهه، وكل نكاح لم يتعقبه حل الاستمتاع كان باطلاً، كما قاله العلامه فيما حكاه الجواهر عنه، وللاتفاق الذى حكاه كشف اللثام عنهم، من أنه ليس للأجنبى أن ينكح امرأه فى عده شبهه، هذه هى الأدله الثلاثه التى ذكروها للقول بالمنع.

وأشكل فى المسأله

لا يبعد الجواز، بناءً على أن الممنوع فى عده وطى الشبهه وطى الزوج لها، لا سائر الاستمتاعات بها كما هو الأظهر

الاصطهباناتی، واحتاط ابن العم، وقوى السيد البروجردى المنع، وبنى المستمسک جواز النكاح على جواز سائر الاستمتاعات غير الوطى، فإن قيل بالجواز جاز النكاح وإلا لم يجز، وحيث إنه قوى عدم جواز الاستمتاعات قال بحرمه النكاح.

والثانى: {لا يبعد الجواز} بل هو الظاهر {بناءً على أن الممنوع فى عده وطى الشبهه وطى الزوج لها، لا سائر الاستمتاعات بها، كما هو الأظهر}، وإنما نقول بالجواز لأنه لا دليل على المنع، إلّا ما تقدم من أدلتهم الثلاثه، وفى الكل نظر.

إذ يرد على الأول: إنا لا نسلم مثل هذا الإطلاق بحيث يشمل حتى مثل فرض المسأله، ولذا كان كلام المصنف السابق فى المنع غير مناف لكلامه فى المقام، فما يظهر من المستمسک من إشكال التهافت بين كلامى المصنف غير ظاهر الوجه.

ولأنه يرد على الثانى: إنه لا دليل على عدم حلّ سائر الاستمتاعات، بل ظاهر الأدله عدم جواز الوطى فقط.

فعن محمد بن مسلم، عن أبى جعفر (عليه السلام)، قال: سألته عن رجلين شهدا على رجل غائب عند امرأته أنه طلقها، فاعتدت المرأه وتزوجت، ثم إن الزوج الغائب قدم فزعم أنه لم يطلقها، فأكذب نفسه أحد الشاهدين، فقال (عليه السلام): «لا سبيل للأخير عليها، ويؤخذ الصداق من الذى شهد،

فيُردّ على الأخير، والأول أملك بها، وتعتد من الأخير، ولا يقربها الأول حتى تنقضى عدتها»((١)).

فإن ظاهر (لا يقربها) الوطى.

ولو شک فی المنع عن سائر الاستمتاعات فالأصل الجواز، بل يشملها قوله (عليه السلام): «لا يحرم الحرام الحلال»، بل لو قيل بالمنع عن الاستمتاعات كان اللازم عدم حق لها فی النفقه فی المتزوجه الموطوءه شبهه، وعدم حق للزوج لها فی المنع عن الخروج عن الدار، وكل ذلك خلاف إطلاقات الأدله.

ومنه يعلم أن استظهار السيد الحكيم أن معنى العده المنع عن كل استمتاع، غير ظاهر الوجه خصوصاً وينقضه عده الرجعيه.

ولأنه يرد على الثالث: إن الاتفاق لو تم ولم يكن محتمل الاستناد فمقعده منصرف إلى غير ما نحن فيه.

ويؤيده ما ذكرناه من جواز العقد، التلازم العرفی بين بقاء الزوجيه التی وقع الوطی فی أثنائها وبين جواز إحداثها لنفس الزوج ثانياً بعد زوالها، ولذا لا ينبغی الإشكال فی أنه إذا وطئت المزوجه شبهه ثم طلقها طلاقاً رجعياً جاز للزوج الرجوع فی العده، ولو كان تلازم بين وطی الشبهه وبين عدم جواز العقد مطلقاً أی حتى للزوج، كان مقتضاه أن لا يجوز للزوج الرجوع، كما أنه إذا كان وطی الشبهه يمنع الاستمتاعات كان ينبغی عدم جواز الرجوع لما تقدم عن العلامه فيما نقله الجواهر.

ومنه يعلم الإشكال فی ما ذكره السيد البروجردی فی تعليقه بقوله: (واجتماع

١- الوسائل: ج١٨ ص٢٤٢ الباب ١٣ من أبواب الشهادات ح٣

ولو قلنا بعدم جواز التزويج حينئذ للمطلّق فيحتمل كونه موجباً للحرمه الأبديه أيضاً، لصدق التزويج فى عده الغير، لكنه بعيد لانصراف أخبار التحريم المؤبد عن هذه الصوره

وطى الشبهه مع بقاء الزوجيه التى وقع الوطى فى أثنائها غير مستلزم لجواز إحداثها ثانياً بعد زوالها).

{ولو قلنا بعدم جواز التزويج حينئذ للمطلق} لأنها فى عده وطى الشبهه {فيحتمل كونه} كون تزويجه عالماً بالحكم والموضوع {موجباً للحرمه الأبديه أيضاً}، بالإضافه إلى الحرمه التكليفيه، {لصدق التزويج فى عده الغير} فيشمله ما تقدم من الروايات الداله على أن من تزوج فى عده الغير حرمت عليه أبداً.

{لكنه بعيد، لانصراف أخبار التحريم المؤبد عن هذه الصوره}، كما أن الشيخ المرتضى (رحمه الله) ادعى هذا الانصراف، وهو قريب جداً، إذ المنصرف من الزواج فى عده الغير ما إذا لم يكن بين العاقد والزوجه علقه سبق الزوجيه، وما جعله المستمسك مؤيداً لعدم الانصراف من أنهم لم يتعرضوا لعده وطى الشبهه فليس ذلك إلّا لبنائهم على العموم لها محل نظر، إذ هذا الفرع قليل الالتفات إليه.

ولذا نرى أن القواعد وغيرها فرضوا المسأله فيما لو كانت عده طلاق البائن مقدمه، مع أنهم لم يتعرضوا لهذا الفرع الذى يكون فيه عده الطلاق متأخره، فراجع الجواهر فى مسأله ما لو حملت من زنا ثم طلقها الزوج.

ولذا الذى ذكرنا من الانصراف سكت الساده ابن العم والجمال والاصطهباناتي

هـذا ولو كانت العدتان لشـخص واحد، كما إذا طلق زوجته بائناً ثم وطأها شـبهه فى أثناء العده فلا ينبغى الإشـكال فى التداخل، وإن كان مقتضى إطلاق بعض العلماء التعدد فى هذه الصوره أيضاً.

وغيرهم على المتن، وإن قال السـيد البروجردى: لا بعد فيه بعد شـموله الأدله، وكون الانصراف فى محل المنع هذا، نعم لا شك فى حسن الاحتياط فإنه طريق النجاه.

{هـذا ولو كـانت العـدتان لشـخص واحـد، كمـا إذا طلق زوجته بائناً} كطلاق الخلع {ثم وطأها شـبهه فى أثناء العـده، فلا ينبغى الإشـكال فى التـداخل}، كما ذكره الفاضـلان وتبعهما الجواهر، وذلك لأن العـده سواء كانت للاحترام أو مخافه اختلاط المياه، فإنها لا تكون متعدده فى المقام، فإنه لا ماءان، ويحصل الاحترام بالعده الواحده.

{وإن كـان مقتضـى إطلاـق بعض العلمـاء} بـل الأكثر كما فى الجواهر، {التعـدد فى هـذه الصوره أيضاً}، وكأنه لأجل أن لكل سبـب مسـبباً، بـل جعلـه ابن العم أحـوط، لكن يرد عليه أن شـمول إطلاـقهم لمثـل هـذه الصـوره محـل تأمـل، بـل يمكن القـول بالانصراف.

نعم لا بأس بالاحتياط الاستحبابى، والله العالم.

ص:٧١

مسأله ۱۳ هل الثالث مهر المثل أو المسمی

(مسأله ۱۳): لا إشكال فی ثبوت مهر المثل فی الوطی بالشبهه المجرده عن التزویج، إذا كانت الموطوءه مشتبهه وإن كان الواطی عالماً، وأما إذا كان بالتزویج ففی ثبوت المسمی

(مسأله ۱۳): {لاـ إشـكال فی ثبوت مهر المثل فی الوطی بالشـبهه المجرده عن التزویـج} نصاً وإجماعاً، فإن التعلیل فی جمله من الروایات له عموم یشمل المقام.

مثل روایه زراره، عن أبی جعفر (علیه السلام) وفیها: «ولها المهر بما استحل من فرجها»((۱)).

وفی روایه أبی بصیر، عنه (علیه السلام): «فلها المهر بما استحل من فرجها»((۲)).

وفی روایه عبد الله بن سنان، عنه (علیه السلام): «ویكون لها صداقها بما استحل من فرجها»((۳)).

إلی غیرها من الروایات.

{إذا كانت الموطوءه مشتبهه}، أما إذا كانت عالمه فلا مهر لها، لما سیأتی فی باب المهور من أنه «لا مهر لبغی».

{وإن كان الواطی عالماً} فإن المهر حق المرأه، وحق الإنسان لا یسقط بعصیان إنسان آخر.

{وأما إذا كان بالتزویج} وقد عین فیه المهر {ففی ثبوت المسمی} كما عن الشیخ فی المبسوط، لأن «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده»، فإذا العقد هو السبب فی ثبوت المهر، إذ العقد هو الوجه فی الشبهه فكان كالصحیح، ولإطلاق

۱- التهذیب: ج۷ ص۴۸۸ فی الزیادات فی فقه الن ك اح ح۱۶۹

۲- الوسائل: ج۱۸ ص۲۴۲ الباب ۱۳ من أبواب الشهادات ح۲

۳- الوسائل: ج۱۴ ص۳۵۰ الباب ۱۷ من أبواب ما یحترم بالمصاهره ح۲۱

أو مهر المثل، قولان، أقواهما الثانى

الروايات المتقدمه المنصرفه إلى المسمى.

{أو مهر المثل} لأن الفرج مضمون حسب الروايات المتقدمه، والمسمى لا وجه له، إذ العقد الذى استند إليه المسمى كان باطلا، وما يضمن لا كليه له، إذ هى قاعده مصطيده، وإنما اللازم الرجوع إلى مقتضى الأدله، وهى تقتضى الضمان بالمثل.

وانصراف الأخبار ممنوع، بل ظاهر قولهم (عليهم السلام): «بما استحل» أن السبب الاستحلال، وهو يناسب المثل لا المسمى، ألا ترى أنه لو قيل حيث استحللت مال زيد فعليك قيمته، لم يفهم منه إلّا القيمه المثليه، فهو نظير ضمان المقبوض بالعقد الفاسد.

{قولان}، وينبغى أن يفصل فى المسأله بين ما إذا كان المسمى أقل من المثل فالأقل، وبينما كان أكثر فالمثل، وذلك لأنه إذا كان أقل فقد دخلت المرأه على هذا المقدار، فهى قد أهدرت حقها باختيارها، كما إذا باع بأقل من القيمه، ثم ظهر بطلان العقد، فإنه لا حق له بالتفاوت بين المثل والمسمى، ولا يرد هنا أن الأقل كان مستنداً إلى العقد الساقط فرضاً فاللازم المثل، إذ سقوط العقد لا يؤثر فى إرجاع ما أسقطته بنفسها من التفاوت، فتأمل.

فقول المصنف: {أقواهما الثانى} على إطلاقه محل نظر، وإنما قيدنا المتن بقولنا: وقد عين فيه المهر، لأنه إذا لم يعين المهر لم يكن كلام فى المثل، فإنه لا مزاحم للمثل حينئذ.

ثم إنه قد تبين من الفرع السابق، أنه إذا كان تزويج ولكنها كانت تعلم بطلان العقد، لم يكن لها مهر، لأنها بغى، فلا أثر فى وجود العقد وعدمه، ولا فرق فى

وإذا كان التزويج مجرداً عن الوطى فلا مهر أصلا.

وجوب المهر بالعقد بين أن يعلم الزوج بطلان العقد وعدمه، لأن المهر لازم لما استحل من فرجها.

ثم فى مورد مهر المثل يختلف الحال بالقصد واللفظ، فإن قصدا المتعه وظهر البطلان كان لها مثل مهر المتعه، وإن قصدا الدوام وظهر البطلان كان لها مثل مهر الدوام.

أما فى الشبهه فهل يختلف مطلقاً، أو لا يختلف مطلقاً، أو يفصل، مثلاً إذا قصدا متعه فلم يعقد فوطأها ظناً بالعقد كان شبهه المتعه فلها مهر المتعه، وإذا قالا له يعقدهما دواماً، كان شبهه الدوام فلها مهر الدوام.

وكذا إذا تزوج اثنان باثنتين متعةً، فجاء كل إلى زوجه الأخرى اشتباهاً فلها مهر المتعه، بخلاف ما إذا زوجا دواماً فجاء كل واحد إلى زوجه الأخرى اشتباهاً فلها مهر الدوام.

وكذا إذا ظنا أنهما زوجان دواماً، أو كانت المرأه نائمه فجاءها المشتبه، فلها مهر الدوام.

احتمالات، وإن كان التفصيل لا يخلو عن قرب.

{وإذا كان التزويج مجرداً عن الوطى فلا مهر أصلاً} للأصل بعد انتفاء السبب، إذ السبب إما العقد وإما الوطى، وكلاهما منتف.

واحتمال ثبوت شىء لها لسائر الاستمتاعات غير بعيد، لأنه «لا يتوى حق امرئ مسلم»، خصوصاً إذا كان العقد لمجردها بأن شرطت عدم الوطى، واحتمال عدم الحق إلاّ بالوطى لا وجه له، ومسأله أن منافع الحر لا تضمن غير معلومه، كما ذكرناه فى باب الغصب.

ثم إذا كـان الوطى مشـتملًا على الحـالتين، بـأن كانا مشـتبهين فى أوله وعلما فى وسط الـدخول، كان لها المهر باعتبار الأول، إذ العلم بالحرمه فى أثناء حاله الـدخول لا يسـقط الحق السابق، كما أنه كـذلك إذا كان الوطى فى حاله الزنا، لكن أجريا العقد فى وسط حاله الدخول، فإن الحرمه الأولى لا تؤثر فى سقوط المهر المسبب عن العقد الصحيح.

ثم إنه تبين من مـا تقـدم أن الاعتبـار فى ثبوت المهر وسـقوطه، علم المرأه بكونهـا بغيةً وعـدم علمها، ولا اعتبار بعلم الرجل، فلو كانت المرأه بغيه فلا مهر وإن ظن الرجل الصـحه، وإن لم تكن بغيه فلها المهر وإن كان الرجل يعلم عـدم الصـحه، ولو شك فى كونها بغيه فالأصل العدم، حملًا لفعل المسلم على الصحيح.

والحاصل: إن الصور ست:

لأنهـا إمـا أن تقطع بكونهـا بغيه، أو تقطع بكونهـا غير بغيه، أو تشـك فى ذلـك، وعلى كل حال فإما أن تكون فى الواقع محرمه على الرجل، أم لا.

ويسقط المهر إذا كانت فى الواقع بغيه وعلمت بذلك.

أما إذا كانت محلله له فلها مهرها بما استحل من فرجها.

وكذا إذا كانت محرمه عليه لكنها تقطع بالحليه، لأنها ليست بغيه حيئنذ.

أما إذا شـكت وكانت محرمه فى الواقع، ففى ثبوت المهر، لأنها لا تسـمى بغيه، وعـدمه لأن الأصل فى صوره الشك الحرمه، فلا وجه لإقدامها على الوطى مع عدم علمها بالحليه، فهى فى حكم البغيه، وجهان، الأحوط الأول، وإن كان الأقرب الثانى، فتأمل.

ص:٧٥

مسأله ۱۴ مبدأ عده وطی الشبهه

(مسأله ۱۴): مبـدأ العده فی وطی الشـبهه المجرده عن التزویج حین الفراغ من الوطی، وأما إذا کان مع التزویج فهل هو کذلک، أو من حین تبین الحال، وجهان، والأحوط الثانی، بل لعله الظاهر من الأخبار.

(مسأله ۱۴): {مبـدأ العـده فی وطی الشـبهه المجرده من التزویـج حین الفراغ من الوطی} الأخیر، کما ذکره الجواهر وغیره، وهم وإن لم یذکروا الأخیر، إلّا أنه لابد من التقیید به، لوضوح أن العده لأجل الوطی الأخیر حیث هو المیزان فی برائه الرحم حکمهً.

فلا یقال: لیس کذلک فیما کان الوطی الأخیر بدون الإنزال، والمراد بالوطی الإخراج الکامل، فإذا طال الوطی دقیقهً مثلًا یحسب أول العده مبدأ الدقیقه الثانیه، لظهور الأدله فی کون العده متصله بالسبب.

ویدل علی ما ذکرناه أنه المتبادر إلی الذهن من روایات وطی الشبهه.

کصـحیح الحلبی، عن أبی عبـد الله (علیه السـلام)، قـال: سألته عن رجلین نکحا امرأتین فأتی هـذا بأمره ذا، وهـذا بامرأه ذا، قال: «تعتد هذه من هذا، وهذه من هذا، ثم ترجع کل واحده إلی زوجها»((۱)).

{وأمـا إذا کـان مع التزویـج فهـل هو کـذلک} من حین الوطی لأن الزواج الباطل لا اعتبار به، فاللازم أن یکون المبـدأ من حین الوطی {أو من حین تبین الحال} أی تبین أن الزواج باطل {وجهان} اختار ثانیهما الجواهر والمستمسک وغیرهما.

{و} لذا قال مصنف: {الأحوط الثانی، بل لعله الظاهر من الأخبار}، ففی

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۳۹۵ الباب ۴۹ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۱

صحیح إبراهیم بن عبد الحمید: إن أبا عبد الله (علیه السلام) قال فی شاهدین شهدا عند امرأه أن زوجها طلقها فتزوجت ثم جاء زوجها، قال (علیه السلام): «یضربان الحد ویضمنان الصداق للزوج، ثم تعتد وترجع إلی زوجها الأول».

والمراد بالصداق صداق وطی الشبهه الذی خسره الزوج الثانی، فإنهما یعطیانه إیاه، فإن الظاهر من هذا الحدیث أن الاعتداد بعد التفرق.

ثم إنه لو کان وطی الشبهه بظن التزویج، کما لو وکلا من یزوجهما فی یوم کذا، فلم یزوجهما نسیاناً مثلاً، وعاش بعضهما البعض من ذلک الیوم إلی سنه، فظهر عدم الزواج، فهل یکون العده من الوطی الأخیر، لأنه لا زواج فالمعیار الوطی، أو من حین العلم، لما استظهره المستمسک فی الفرع المتقدم من أن (المستفاد من النصوص أن المده التی تکون فیها الموطوءه تحت سلطان الواطی وفی حباله یستمتع بها ویضاجعها لیست جزءاً من العده، فیکون مبدأ العده فی جمیع الصور ارتفاع الاشتباه لا حین الوطی) انتهی. احتمالان، لا یبعد الأول، إذ لیس فی المقام إلّا وطی شبهه یوجب العده، أما سائر الاستمتاعات فلا تحتاج إلی العده.

وإن کان الأحوط الثانی، بل هو الأحوط فی الفرع الأول للمصنف، کما إذا بقیتا عند المشتبهین مده من الزمن، بدعوی احتمال ظهور صحیح الحلبی فیما ذکره المستمسک.

ثم إنه إذا قلنا بأن العده فی صوره التزویج من حین تبین الحال، فالمعیار تبین الحال عند المرأه، وإن لم یتبین عند الرجل، لأنها المکلفه بالعده، وفی الفرع

السابق حيث إن العده فی وطی الشبهه من حین الوطی، فإذا علمت فی وسط الوطی احتسب من ذلک الحین، لا من بعد تمامه، لأن باقی الوطی زنا إن کان باختیارها ولا احترام له، کما أنها إن کانت مجبوره فی إتمام الوطی لم یکن له احترام الشبهه _ وإن لم تکن عاصیه _ ولا عده لمثله، للأصل بعد عدم الدلیل.

ص:٧٨

مسأله ۱۵ لا مهر إذا كانت عالمه

(مسأله ۱۵): إذا كـانت الموطوءه بالشـبهه عـالمهً، بأن كان الاشـتباه من طرف الواطى فقط، فلا مهر لها إذا كانت حره، إذ لا مهر لبغى، ولو كانت أمه ففى كون الحكم كذلك، أو يثبت المهر لأنه حق السيد، وجهان، لا يخلو الأول منهما من قوه.

(مسأله ۱۵): {إذا كـانت الموطوءه بالشـبهه} بأن كان الرجل واطئاً بالشـبهه وهى {عالمه} بأنه وطى غير جائز {بأن كان الاشـتباه من طرف الواطى فقـط، فلاـ مهر لهـا إذا كـانت حره} ولم تكن مجبوره {إذ لاـ مهر لبغى}، أمـا إذا كانت مجبوره فلها المهر بما استحل من فرجها.

{ولو كانت} البغيه {أمه، ففى كون الحكم كـذلك} لا مهر لها لأنها بغيه {أو يثبت المهر لأنه حق السـيد} و«لا يتوى حق امرئ مسلم».

{وجهـان، لاـ يخلو الأـول منهمـا من قوه}، كما اختاره الشـرائع وغيره، فإن «لا مهر لبغى» وارد على حق المولى، كورود استرقاق العبـد فى جنـايته على حق المولى، خصوصـاً إذا كان المولى دخيلًا فى الأمر، كما ذكره بعض المعلقين، وللكلام تفصـيل طويل لعلنا نذكره فى مقام آخر.

ثم إن المناط فى العلم والجهل الحالى منهما، فلو علم ونسى أو غفل كان من الجهل.

مسأله ۱۶ لا يتعدد المهر بتعدد الوطى

(مسأله ۱۶): لا يتعدد المهر بتعدد الوطى مع استمرار الاشتباه، نعم لو كان مع تعدد الاشتباه تعدد.

(مسأله ۱۶): {لا يتعدد المهر بتعدد الوطى}، لا ينبغى الإشكال فى ذلك، واستظهره الجواهر، فإنه {مع استمرار الاشتباه} يكون نكاحاً واحداً، ويدل عليه النص المتقدم، بل هو ظاهر الفتاوى، فحال الاشتباه حال الزواج حيث لا يتعدد المهر فيه.

{نعم لوكان مع تعدد الاشتباه تعدد} كما إذا ذهب ليلاً إلى بيته فظنها زوجته فوطأها، ثم تبين أنها ليس له بزوجه، وبعد مده وقع نفس الاشتباه وهكذا، وذلك أن كل سبب يحتاج إلى مسبب جديد، والأصل عدم التداخل، والنص والفتوى منصرفان عن هذا.

ولوكانت الموطوءه شبهةً ذات زوج لم يلزم على الواطى شىء للزوج، وإن كان الوطى من حق الزوج، لعدم الدليل، والأصل العدم.

ولا فرق فى ما ذكر بين كون المرأه محرماً أم لا، محرمه عليه أبداً برضاع ونحوه أم لا، لإطلاق النص والفتوى.

ثم لا يخفى أنه من أقسام وطى الشبهه الموجب للمهر ما لو ارتد أو ارتدت فوطأها بظن الجواز، وكذا إذا طلقها ووطأها فى عده البائنه بظن الجواز، إذ الوطى حينئذ محرم، وكلما كان الوطى محرماً لأنها ليست زوجه وكانا جاهلين أو كانت هى جاهله أوجب المهر بما استحل من فرجها.

وقد ذكر هذا الفرع الشيخ، وأوجب مهرين، مهراً للعقد ومهراً للوطى، وتبعه الجواهر، وإن

فرق الشرايع بين وطى المرتد فطره والمرتد مله، فقال بعد كلام الشيخ: (ويشكل بأنها فى حكم الزوجه إذا لم يكن عن فطره).

وفيه: إنه لا دليل على أنها بحكم الزوجه.

ولوكانت موطوءه الشبهه وواطيها على غير دين الإسلام، أو على غير المذهب ممن لا يرى المهر، ألزمت بما التزمت به.

وكذا لوكان الرجل مسلماً والمرأه كتابيه وهى لا ترى المهر، وهكذا بالنسبه إلى المخالفه.

أما إذا انعكس بأن كان الزوج مخالفاً والزوجه عارفه وهو لا يرى المهر، فالظاهر المهر لقاعده «لا يتوى»((1)).

1- المستدرك : ج3 ص215 من أبواب نوادر الشهادات ح5

مسأله ۱۷ التزویج بالمرأه الزانیه

(مسأله ۱۷): لا بأس بتزویج المرأه الزانیه غیر ذات البعل للزانی وغیره

(مسأله ۱۷): {لاـ بـأس بتزویـج المرأه الزانیه غیر ذات البعـل} وغیر المحرمه بنسب أو برضاع أو ما أشـبه، لوضوح أن الکلام فی المسأله من حیث الزنا، ولذا لم یکن لاستثناء ذات البعل فقط وجه معتد به.

{للزانی وغیره} أمـا للزانی فهـو المشـهور شـهره عظیمه، بـل عن الخلاـف والغنیه دعـوی الإجمـاع علیه، وإن کـان المحکی عن الشیخین وآخرین المنع إلاّ مع التوبه.

ویـدل علیه متواتر الروایـات، بالإضـافه إلی عموم أدله الحل، وعموم الحرام لا یحرم الحلال، کصـحیح عبیـد الله بن علی الحلبی، عن أبی عبـد الله (علیه السـلام)، قال: أیما رجل فجر بامرأه، ثم بدا له أن یتزوجها حلالاً، قال (علیه السـلام): «أوله سـفاح وآخره نکاح، ومثله مثل النخله أصاب الرجل من ثمرها حراماً، ثم اشتراها بعدُ فکانت له حلالا»((۱)).

ثم إن ظاهر إطلاق هذا الصحیح وغیره عدم الفرق بین أن حملت منه أم لا.

وصـحیح أبی بصـیر، عن أبی عبـد الله (علیه السـلام)، قال: سألته عن رجل فجر بامرأه ثم بدا له أن یتزوجها، فقال (علیه السـلام): «حلال، أوله سفاح وآخره نکاح، أوله حرام وآخره حلال»((۲)).

وخبر زراره، عن أبی جعفر (علیه السلام)، قال: «لا بأس إذا زنی رجل بامرأه

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۳۳۱ الباب ۱۱ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۳

۲- الوسائل: ج۱۴ ص۳۴۰ الباب ۱۱ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۱

أن يتزوج بها بعد، مثل ذلك مثل رجل سرق ثمره نخله ثم اشتراها بعد»((۱)).

وخبر هاشم المثنى، قال: كنت عند أبى عبد الله (عليه السلام) جالساً فدخل عليه رجل فسأله عن الرجل يأتى المرأه حراماً أيتزوجها، قال: «نعم وأمها وابنتها»((۲)).

وخبر على بن جعفر (عليهما السلام)، عن أخيه (عليه السلام)، قال: سألته رجل زنى بامرأتين أله أن يتزوج بواحده منهما، قال (عليه السلام): «نعم، لا يحرم حلالاً حرام»((۳)).

وعن منصور، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى رجل كان بينه وبين امرأه فجور، أتحل له ابنتها، إلى أن قال: «فإن كان جامعها فلا يتزوجها إن شاء»((۴)).

أما دليل الشيخين فهى جمله من الروايات:

كخبر أبى بصير، سألته (عليه السلام) عن رجل فجر بأمره ثم أراد بعدُ أن يتزوجها، فقال له: «إذا تابت حل له نكاحها»، قلت: كيف يعرف توبتها، قال: «يدعوها إلى ما كان عليه من الحرام، فإن امتنعت فاستعفرت ربها عرف توبتها»((۵)).

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۳۳۲ الباب ۱۱ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۸
۲- الوسائل: ج۱۴ ص۳۳۲ الباب ۱۱ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۶
۳- الوسائل: ج۱۴ ص۳۳۲ الباب ۱۱ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۹
۴- الوسائل: ج۱۴ ص۵۷۶ الباب ۱۱ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۴
۵- الوسائل: ج۱۴ ص۳۳۲ الباب ۱۱ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۷

وخبر إسحاق بن حريز، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، قلت له: الرجل یفجر بالمرأه ثم یبدو له فی تزویجها هل یحل له ذلک، قال: «نعم إذا هو اجتنبها حتی تنقضی عدتها باستبراء فرجها من ماء الفجور فله أن یتزوجها، وإنما یجوز له أن یتزوجها بعد أن یقف علی توبتها»((1)).

وفی الموثقه، عنه (علیه السلام)، فی الرجل یحل له أن یتزوج امرأه کان یفجر بها، فقال: «إن أنس منها رشداً فنعم، وإلا فلیراودها علی الحرام فإن تابعته فهی علیه حرام، وإن أبت فلیتزوجها»((2)).

وخبر محمد، عن أحدهما (علیهما السلام)، قال: «لو أن رجلاً فجر بامرأه ثم تابا فتزوجها لم یکن علیه شیء من ذلک»((3)).

وخبر الجعفریات، بسنده إلی علی (علیه السلام)، فی الرجل یزنی بالمرأه ثم یتوب الرجل فیرید أن یتزوجها، قال (علیه السلام): «إذا تابا جمیعاً فلا بأس أن یتزوجها»، فقیل: هذا الرجل قد تاب وعلم من نفسه أنه قد تاب، فکیف له أن یعلم أن المرأه تابت، قال: «یدعوها إلی الفجور، کما کان یدعوها إلیه قبل ذلک، فإن اعیت علیه فقد تابت، لا بأس أن یتزوجها، فإن أجابته إلی الفجور حرم نکاحها»((4)).

1- الوسائل: ج14 ص331 الباب 11 من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح4
2- الوسائل: ج14 ص331 الباب 11 من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح2
3- المستدرک: ج2 ص576 الباب 11 من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح3
4- المستدرک: ج2 ص576 الباب 11 من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح1

وخبر الـدعائم، عن أبی جعفر (علیه السـلام)، أنه قال فی الرجل یزنی بالمرأه ثم یریـد أن ینکحها بعد ذلک نکاحاً صـحیحاً، قال (علیه السلام): «إن تابا فلا بأس»((۱)).

وقد أجیب عن هذه الروایات بالحمل علی الکراهه، بقرینه قوه الروایات السابقه، بالتمثیل فیها بالنخله، وبقرینه ما سیأتی من جواز تزویـج الزانیه التی زنی بها غیره، فجواز تزویج من زنی بنفسه بها أقرب، للمناط القطعی فی نظر العرف، وبقرینه اشتراط تزویجها فی بعض الروایات بتوبته أیضاً، وهذا قرینه التنزیه، إذ توبته لیست شرطاً بلا إشکال.

ومنه یعلم أنه لاـ مجال للقول بأن الروایات الثانیه أخص مطلقاً من الروایات الأولی، فاللازم تقییـد بالروایات الثانیه، کما لا حاجه إلی القول بـأن الثـانیه سـاقطه لموافقتهـا لأحمـد بن حنبل وقتاده، فهی محموله علی التقیه، حتی یرد ذلک بأن ابن حنبل کان بعد زمـان الصـادقین (علیهمـا السـلام)، الـذین ذکرا روایـات التقییـد، أمـا قتـاده فلم یکن یـأبه به، لما ورد من جمله من الروایات من محاجتهما (علیهما السلام) لقتاده مما یظهر منه عدم أهمیه له.

نعم، لا إشکال فی أن الأحوط أکیداً عدم نکاحها إلّا بعد التوبه، کما

۱- المستدرک: ج۲ ص۵۷۶ الباب ۱۱ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۷

سیأتی الاحتیاط من المصنف بالنسبه إلی ذلک.

وکأنه لما ذکرناه من قرائن الکراهه فی تزویج الزانیه ذهب المشهور إلی الجواز، بل قد عرفت أنه ادعی الإجماع علی ذلک.

ولا فرق فی الکراهه بین الدوام والمتعه.

ثم إن نکحها بعد الزنا وجاءت بولد لم یعلم أنه من أی المائین، کان محکوماً بالحلیه، لقاعده الفراش، کما أنه إذا جاءت بالولد الظاهر کونه قبل الحلیه فهو ولد زنا، له أحکامه، کما أنه فی العکس ولد حلال مقطوع به.

هذا کله فی ما إذا أراد الزانی أن ینکحها، أما إذا أراد غیر الزانی أن ینکحها، فالمشهور شهره عظیمه، بل کادت أن تکون إجماعاً جوازه، خلافاً للمحکی عن الحلبی والمقنع فحرماه.

واستدل للمشهور بجمله من الروایات:

کصحیحه علی بن رئاب، قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام)، عن المرأه الفاجره یتزوجها الرجل المسلم، قال (علیه السلام): «نعم وما یمنعه، ولکن إذا فعل فلیحصن بابه مخافه الولد»((۱)).

وخبره زراره، عن أبی جعفر (علیه السلام)، قال: سئل عن رجل أعجبته امرأه فسأل عنها، فإذا الثناء علیها فی شیء من الفجور، فقال (علیه السلام): «لا بأس بأن یتزوجها ویحصنها»((۲)).

وخبر علی بن یقطین، قلت: لأبی الحسن (علیه السلام): نساء أهل المدینه،

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۳۳۴ الباب ۱۳ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۶

۲- الوسائل: ج۱۴ ص۳۳۳ الباب ۱۲ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۲

قال: «فواسق»، قلت: فأتزوج منهن، قال (عليه السلام): «نعم»((۱)).

وخبر زراره أيضاً: سأله (عليه السلام) عمار وأنا حاضر، عن الرجل يتزوج الفاجره متعه، قال: «لا بأس، وإن كان التزويج الآخر فليحصن بابه»((۲)).

إلى غيرها.

أما من قال بعدم الجواز، فقد استدل بالآيه الكريمه: (الزانی لا ينكح إلّا زانيه أو مشركه والزانيه لا ينكحها إلّا زان أو مشرك وحُرّم ذلك على المؤمنين)((۳)).

وبجمله من الروايات، كالروايات المانعه عن تزويج الزانی نفس الزانيه، ففی المقام المنع بطريق أولى.

وفيه: أما الآيه المباركه فظاهرها الوطی، أی لا يزنی ولا تزنی، وهی تحريض لعدم زنا المؤمنين والمؤمنات، فإن الزنا شأن الزناه والمشركين لا المؤمنين الأطياب.

أما إشكال المستمسک على دلالتها بأنها لو حمل على تشريع التحليل والتحريم كان مقتضاه جواز تزويج المسلم الزانی المشركه، وجواز تزويج المشرک الزانيه المسلمه، ولم يقل به أحد، ففيه: إن اللقب لا مفهوم له.

أما ما ورد فی جمله من الروايات مما ظاهره إراده النكاح بمعنى التزويج

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۳۳۳ الباب ۱۲ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۳
۲- الوسائل: ج۱۴ ص۳۳۳ الباب ۱۲ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۴
۳- سوره النور: الآيه ۳

والأحوط

من الآیه، فهی محموله علی الکراهه.

فعن علی (علیه السلام) فی تفسیر الآیه، قال: «نزلت هذه الآیه فی نساء کن بمکه معروفات بالزنا، منهن ساره وخیثمه ورباب حرم الله نکاحهن، فالآیه جاریه فی کل من کان من النساء مثلهن»((۱)).

ویؤید الکراهه: ما عن نوادر أحمد بن محمد بن عیسی، بسنده إلی زراره، قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن قول عز وجل: (الزانی لا ینکح إلاّ زانیه أو مشرکه والزانیه لا ینکحها إلاّ زان أو مشرک) قال: «هن نساء مشهورات بالزنا وشهروا وعرفوا، والناس الیوم بذلک المنزل، من أقیم علیه الحد بالزنا وشهر به لا ینبغی لأحد أن ینکحه حتی یعرف منه توبه»((۲)). فإن لفظ: (لا ینبغی) ظاهر فی الکراهه.

والحاصل: الآیه إما محموله علی الکراهه، أو محموله علی الوطی بالزنا، ویؤید ذلک أن تزویج الزانی لم یقل أحد بحرمته، أما لفظ (حرّم) فی الآیه، فالمراد به شده الکراهه، فإن الحرام یستعمل فی الممنوع عقلاً أو شراعاً، لزوماً أو کراههً، قال تعالی: (حرام علی قریه أهلکناها أنهم إلینا لا یرجعون).

{والأحوط} احتیاطاً مطلقاً أن لا یتزوجها إلاّ بعد العلم ببراءه رحمها من ماء الفجور، سواء کان الفاجر بها هو الناکح أو غیره، وإذا لم یعلم براءه الرحم قام استبراء رحمها بحیضه مقام العلم.

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۳۳۶ الباب ۱۳ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۵

۲- المستدرک : ج۲ ص۵۷۷ الباب ۱۳ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۱

وذلک لموثق إسحاق بن حریز المتقدم، قلت له: الرجل یفجر بالمرأه ثم یبدو له فی تزویجها هل یحل له ذلک، قال (علیه السلام): «نعم إذا هو اجتنبها حتی تنقضی عدتها باستبراء رحمها من ماء الفجور فله أن یتزوجها، وإنما یجوز له أن یتزوجها بعد أن یقف علی توبتها»((۱)).

والخبر حجه، وقد عمل به غیر واحد، کالتحریر والمسالک والحدائق والوسائل وغیرهم.

ورده بعدم عمل المشهور غیر تام، إذ أولاً: لا نعلم عدم عمل المشهور.

وثانیاً: إن الشهره المستنده إلی الأدله الاعتباریه لا تسقط الخبر عن الحجیه، إذا ظهر لنا ضعف المستند، کما نراه فی کلام الجواهر وغیره.

أما ما ذکرناه من کفایه العلم، فلأن ظاهر الخبر الطریقیه لا الموضوعیه، ولذا مال إلی التحریم بدون الاستبراء المستمسک.

ویؤیده ما رواه الحسن بن علی بن شعبه، فی تحف العقول، عن أبی جعفر الجواد (علیه السلام)، أنه سئل عن رجل نکح امرأه علی زنا أیحل له أن یتزوجها، قال (علیه السلام): «یدعها حتی یستبرءها من نطفته ونطفه غیره، إذ لا یؤمن منها أن تکون قد أحدثت مع غیره حدثاً کما أحدثت معه، ثم یتزوج بها إن أراد فإنما مثلها مثل نخله أکل منها رجل حراماً ثم اشتراها فأکل منها حلالاً»((۲)).

وروی الشیخ المفید، عن الحسن، عن الصادق (علیه السلام)، فی المرأه

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۳۳۱ الباب ۱۱ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۴

۲- الوسائل: ج۱۵ ص۴۷۷ الباب ۴۴ من أبواب العدد ح۲

الأولی أن یکون بعد استبراء رحمها بحیضه من مائه أو ماء غیره، إن لم تکن حاملاً، وأما الحامل فلا حاجه فیها إلی الاستبراء، بل یجوز تزویجها ووطیها بلا فصل

الفاجره هل یحل تزویجها، قال (علیه السلام): «نعم إذا هو اجتنبها حتی تنقضی عدتها باستبراء رحمها من ماء الفجور، فله أن یتزوجها بعد أن یقف علی توبتها»((۱)).

ومنه یظهر وجه جعل المصنف {الأولی أن یکون بعد استبراء رحمها بحیضه من مائه، أو ماء غیره}.

ثم لا ینبغی الإشکال فی عدم الاحتیاج إلی العده إذاکانت صغیره، أو کان الزنا وطیاً بدون إنزال، أو کانت یائسه، أو کانت مقلوعه الرحم، أو مقطوعه عدم الحمل، أو ما أشبه ذلک، کالمزنیه من دبرها بما لم یتسرب الماء إلی رحمها قطعاً.

{إن لم تکن حاملاً، وأما الحامل فلا حاجه فیها إلی الاستبراء، بل یجوز تزویجها ووطیها بلا فصل} فإن الموثقه لا تشمله.

قال فی المستمسک: (بلا إشکال ظاهر فیه ولا خلاف، فعدم الدلیل علی لزوم العده فیها، والنصوص المتقدمه لا تشملها، بل ظاهرها عدمها) انتهی.

ثم لما کان الاستبراء طریقیاً کما عرفت، فإذا تزوجها بدون الاستبراء، وعلم

۱- المستدرک : ج۲ ص۵۷۷ الباب ۱۳ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۷

نعم الأحوط ترک تزويج المشهور بالزنا إلّا بعد ظهور توبتها

بعد ذلک أنها کانت حاملاً قبل زواجه بها صح الزواج، وکذلک إذا ظهر أنها لم تکن حاملًا، أما إذا لم يظهر فالنکاح باطل، والولد إذا جاء ولم يعلم أنه منه أو من الزنا، وکان لم يعلم بحرمه النکاح فالولد شبهه، وإلا بأن علم بالحرمه ولم يعتن فالولد ليس له، إذ لا فراش شرعياً حتى يوجب لحوق الولد به.

ثم إنه لا فرق في الإشکال في عقد الزانيه بدون الاستبراء بين أن يکون دواماً أو متعهً، لإطلاق الأدله.

{نعم الأحوط ترک تزويج المشهوره بالزنا إلّا بعد ظهور توبتها} لجمله من الروايات الناهيه عن ذلک.

ففي صحيح زراره، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن قول الله عز وجل (الزاني...) الآيه، قال: «هن نساء مشهورات بالزنا، ورجال مشهورون بالزنا، قد شهروا بالزنا وعرفوا به، والناس اليوم بذلک المنزل، فمن أقيم عليه حد الزنا أو شهر منهم بالزنا لم ينبغ لأحد أن يناکحه حتى يعرف منه توبته»((١)).

وخبر حکم بن حکيم، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في الآيه المتقدمه: «إنما ذلک في الجهر»، ثم قال: «لو إن انساناً زنا ثم تاب تزوج حيث شاء»((٢)).

إلى غيرها من الأخبار المتواتره بهذه المضامين، کخبر أبي صباح الکناني

١- الوسائل: ج١۴ ص٣٣۵ الباب ١٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح٢

٢- الوسائل: ج١۴ ص٣٣۵ الباب ١٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۴

وخبر محمد بن مسلم، وخبر أحمد بن محمد بن عيسى فى نوادره((۱)).

وفى خبر محمد بن مسلم، عن الباقر (عليه السلام)، قال: «من شهر بالزنا أو أقيم عليه حد فلا تزوجها»((۲)).

وعن الحلبى، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، عن الرجل يشترى الجاريه قد فجرت أيطأها، قال: «نعم، إنما كان يكره النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) نسوه من أهل مكه كن فى الجاهليه تعلن بالزنا، فأنزل الله (الزانى لا ـ ينكح إلاّ ـ زانيه أو مشركه) وهى المؤاجرات المعلنات بالزنا، منهن خيثمه ورباب وساره التى كانت بمكه، التى كان رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) أحلّ دمها يوم فتح مكه من أجل أنها كانت تحض المشركين على قتال النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) وكانت تقول لأحدهم: كان أبوك يفعل كذا وكذا، ويفعل كذا وكذا، وأنت تجبن من قتال محمد (صلى الله عليه وآله وسلم)، فنهى الله أن ينكح امرأه مستعلنه بالزنا، أو ينكح رجل مستعلن بالزنا، قد عرف ذلك منه حتى يعرف منه التوبه»((۳)).

ومن الأخبار التى بهذه المضامين أخبار على بن إبراهيم فى تفسيره((۴))، والرضوى((۵))، والدعائم، وغيرها((۶)).

ولكن مع ذلك يظهر من جمله أن المنع على سبيل الكراهه

۱- المستدرك : ج۲ ص۵۷۶ الباب ۱۱ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۲
۲- المستدرك : ج۲ ص۵۷۷ الباب ۱۳ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۶
۳- المستدرك : ج۲ ص۵۷۷ الباب ۱۳ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۲
۴- المستدرك : ج۲ ص۵۷۷ الباب ۱۳ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۴
۵- المستدرك : ج۲ ص۵۷۷ الباب ۱۳ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۵
۶- المستدرك : ج۲ ص۵۷۷ الباب ۱۳ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۳

للأصل، ولما سيأتى فى إمساك الزوجه إذا كانت زانيه، ولأن الآيه تمنع الوطى، وإلا فمن المشكل جداً الفتوى بحرمه تزويج المرأه نفسها للزانى، وقرينه السياق تقتضى وحده الحكم فيهما، بل ظاهر المسالك أن الفتوى بالجواز بدون التوبه هى المشهوره بين الأصحاب.

وربما أيد عدم الحرمه باضطراب الروايات المانعه، ووجود بعض قرائن الكراهه فيها، وضعف السند فى جمله منها.

هذا ولكن كل ذلك لا يمنع من الاحتياط المطلق الذى ذكره المصنف، وتبعه عليه غير واحد من المعلقين، خصوصاً إذا كان هناك مخافه اختلاط المياه واشتباه النسب، فإن العله فى موثقه إسحاق السابقه تشتمل المقام أيضاً، والظاهر أن الاحتياط مراعى حتى فيما إذا كانت حاملاً، لإطلاق الأدله فى المقام.

نعم لو كانت كافره مشهوره بالزنا فأسلمت وتابت فلا كراهه من جهه حديث: «الإسلام يجب ما قبله»((۱))، بل لا يبعد رفع الكراهه إذا حدت المرأه، وكذلك إذا حد الرجل، الأول للدليل، والثانى للمناط.

فعن سعد بن عبد الله فى حديث، عن صاحب الزمان (عليه السلام)، أنه سئل عن الفاحشه المبينه التى إذا أتت المرأه بها فى أيام عدتها جاز للزوج أن يخرجها من بيته، فقال (عليه السلام): «الفاحشه المبينه هى السحق دون الزنا، فإن المرأه

۱- مجمع البحرين ماده (جب)

بل الأحوط ذلک بالنسبه إلی الزانی بها، وأحوط من ذلک ترک تزویج الزانیه مطلقاً إلّا بعد توبتها، ویظهر ذلک بدعائها إلی الفجور فإن أبت ظهر توبتها.

إذا زنت وأقیم علیها الحد لیس لمن أرادها أن یمتنع بعد ذلک من التزویج بها لأجل الحد، وإذا سحقت وجب علیها الرجم، والرجم خزی، ومن أمر الله برجمه فقد أخزاه، ومن أخزاه فقد أبعده، ومن أبعده فلیس لأحد أن یقربه»((۱)).

ویمکن أن یستفاد من العله کون الحکم کذلک بالنسبه إلی کل من یستحق الرجم ولو غیر المساحقه، کما یستفاد منها کراهه زواج المساحقه، والله العالم.

{بل الأحوط} ترک {ذلک} التزویج {بالنسبه إلی الزانی بها،} فإذا اشتهرت بالزنا لأجل زنا رجل بها ـ وإن لم تکن زانیه بکل رجل زان ـ لم یتزوجها الزانی إلّا بعد التوبه، وذلک لإطلاق أدله المنع الشامله للزانی نفسه.

{وأحوط من ذلک ترک تزویج الزانیه مطلقاً} وإن لم تکن مشهوره بالزنا، وقد کانت زنت مره واحده مثلاً.

{إلاـ بعد توبتها، ویظهر ذلک} أی أنها تابت بالعلم الوجدانی وشهاده العدلین وإخبار أهل الخبره، وإن لم یکن کل ذلک ـ کما هو الغالب ـ عرف {بدعائها إلی الفجور، فإن أبت ظهر توبتها} کما تقدم فی النص، لکن بشرط أن لا یعلم احتیالها بالإباء، وإلا فالأماره ساقطه مع العلم بخلافها.

ثم إن الزنا الموجب للحرمه أو الکراهه أعم من زناها قبلًا أو دبراً.

أما إذا کانت لا تزنی ولکنها یستمتع بها الرجال،

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۳۳۴ الباب ۱۲ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۵

فالظاهر عـدم الحرمه إطلاقاً، وإن لم يسـتبعد الكراهه لأنها غير عفيفه، وقـد وردت فى روايات متواتره اسـتحباب عفتها، بما يظهر منها كراهه عدم العفه.

ثم إن الشهره بين الناس بأنها زانيه إذا بلغت حد الشياع كافيه فى الحرمه والكراهه.

أما الظن ومناوله الألسن بدون الوصول إلى الموازين الشـرعيه، فإنهما لا يدخلانها فى عداد الزانيات، وإن أدخلاها فى عداد عدم العفيفات.

ص:۹۵

مسأله ۱۸ لو زنت الزوجه لم تحرم

(مسأله ۱۸): لا تحرم الزوجه على زوجها بزناها

(مسأله ۱۸): {لا تحرم الزوجه على زوجها بزناها} على المشهور، بل عن المبسوط الإجماع على بقاء زوجيتها، إلّا عن الحسن البصری، لکن المنقول عن المفید وسلار الحرمه.

وکیف کان، فالمشهور هو الأوفق بالقواعد للأصل، ولما ورد من أن «الحرام لا یحرم الحلال»((۱)).

ولروایه عباد بن صهیب، عن جعفر بن محمد (علیهما السلام)، قال: «لا بأس أن یمسک الرجل امرأته إن رآها تزنی، وإن لم یقم علیها الحد فلیس علیه من إثمها شیء»((۲)).

وعن ابن سنان، قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن رجل رأی امرأته تزنی أیصلح له أن یمسکها، قال (علیه السلام): «نعم إن شاء»((۳)).

وعن ابن عیسی فی نوارده، بسنده إلی زراره، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، قال: جاء رجل إلی النبی (صلی الله علیه وآله وسلم)، فقال: یا رسول الله، إن امرأتی لا تدفع ید لامس، قال: «طلقها»، قال: یا رسول الله إنی أحبها، قال: «أمسکها»((۴)).

والظاهر أن المراد إمساکها عن الزنا بحفظها عن ذلک، لما رواه الدعائم

ص:۹۶

۱- الوسائل: ج۱۴ ص ۳۲۰ الباب ۴ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۵

۲- الوسائل: ج۱۴ ص۳۲۵ الباب ۶ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۱۱

۳- الوسائل: ج۱۴ ص۳۳۳ الباب ۱۲ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۱

۴- المستدرک : ج۲ ص۵۷۷ الباب ۱۲ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۴

عن الصادق (عليه السلام) فى حديث قال: «فأما أن يتزوج الرجل امرأه قد علم منها الفجور فليحصن بابه أى يحفظها، فقد سأل رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) رجل فقال: يا رسول الله ما ترى فى امرأه عندى ما ترد يد لامس، قال: طلقها، قال: فإنى أحبها، قال: فأمسكها إن شئت»((1)).

ولا يخفى وجوب حفظ الزوجه عن الزنا أكثر من غيرها، لأن حفظها آكد، قال سبحانه: (قوا أنفسكم وأهليكم ناراً)((2)).

وقال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): «لعن الله من ضيع من يعول»((3)).

وعن الساباطى، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن المرأه الفاجره يتزوجها الرجل، فقال لى: «وما يمنعه، ولكن إذا فعل فليحصن بابه»((4)).

وعن الحلبى، قال: أخبرنى من سمع أبا جعفر (عليه السلام) قال: فى المرأه الفاجره التى قد عرف فجورها أيتزوجها الرجل، قال: «وما يمنعه، ولكن إذا فعل فليحصن بابه»((5)).

أما المفيد وسلار فقد استدل لهما بالآيه الشريفه، حيث إنها كما تدل على المنع عن الابتداء تدل على المنع عن الاستدامه، لوحده المناط، وقد تقدم الجواب عن مثل هذا الاستدلال.

وبجمله من الروايات المحموله على الكراهه ونحوها بقرينه الروايات السابقه، كخبر الفضل بن يونس قال:

١- المستدرك : ج٢ ص٥٧٦ الباب ١٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح٢
٢- سوره التحريم: الآيه ۶
٣- الوسائل: ج١۴ ص١٢٢ الباب ١٨ من مقدمات الن كاح ح۶
۴- المستدرك : ج٢ ص٥٧٦ الباب ١٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح١
۵- الوسائل: ج١۴ ص٣٣۴ الباب ١٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۶

سألت أبا الحسن موسی (علیه السلام) عن رجل تزوج امرأه فلم یدخل بها فزنت، قال (علیه السلام): «یفرق بینهما وتحد الحد ولا صداق لها»((۱)).

وخبر السكونی، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، عن أبیه (علیه السلام)، قال: قال أمیر المؤمنین (علیه السلام): «فی المرأه إذا زنت قبل أن یدخل بها الرجل یفرق بینهما ولا صداق لها، إن الحدث كان من قبلها»((۲)).

وربما یحملان علی ما إذا كان الزنا قبل الزواج، فإنه عیب كبیر یمكن أن یكون منشأً للفسخ، باعتباره خلاف الشرط الضمنی المقطوع به، ولذا لم یكن لها صداق.

ویؤید هذا الحمل ما رواه معاویه بن وهب، قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن رجل تزوج امرأه فعلم بعد ما تزوجها أنها كانت زنت، قال: «إن شاء أخذ الصداق ممن زوجها ولها الصداق بما استحل من فرجها، وإن شاء تركها»((۳)).

ثم إنه قد وردت روایات فی باب زنا الزوج شبیهه بهذه الروایات محموله علی الندب، لعدم الفتوی من أحد به، بل لعله من القطعیات.

ففی خبر طلحه بن زید، عن جعفر (علیه السلام)، عن أبیه (علیه السلام): قرأت

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۶۰۱ الباب ۶ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۲

۲- الوسائل: ج۱۴ ص۶۰۱ الباب ۶ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۳

۳- المستدرك : ج۲ ص۵۷۷ الباب ۱۲ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۵

وإن كانت مصره على ذلک، ولا يجب عليه أن يطلقها.

فی کتاب علی (علیه السلام): «إن الرجل إذا تزوج المرأه فزنی قبل أن يدخل بها، لم تحل له لأن زان، ويفرق بينهما ويعطيها نصف الصداق»([(١)]).

أقول: لأنه طلاق قبل الدخول.

وخبر علی بن جعفر (علیهما السلام)، عن أخيه موسى (علیه السلام): سألته عن رجل تزوج بامرأه فلم يدخل بها فزنی، ما عليه، قال: «يجلد الحد ويحلق رأسه ويفرق بينه وبين أهله ينفى سنه»([(٢)]).

أقول: ويمكن العمل بهذين الخبرين بجبر الحاكم الشرعی له بالطلاق إن شاءت، حيث إن زنا الزوج عار على كثير من العفيفات، وعسر وحرج لهن بما لا يتحمل.

ثم إنه لا يستبعد لزوم احتراز المرأه إذا زنت، إذا كان معرض تكون الولد من الزانی أو منه، لمناط ما تقدم من استبراء الزانيه بحيضه خوفاً من اختلاط المياه، وما فی الجواهر من رده لذلک بأنه لا نسب للزانی لا يقاوم المناط المذكور.

{وإن كانت مصره على ذلک، ولا يجب عليه أن يطلقها}، قال فی المستمسک: للأصل، بل الظاهر أنه لا خلاف فيه، ولا قائل بوجوب الطلاق، كما أنه ليس على المرأه أخذ الطلاق منه إن كان مصراً على الزنا، وإن كان بإمكانها الطلاق

١- الوسائل: ج١٤ ص٦١٦ الباب ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح٣
٢- الوسائل: ج١٤ ص٦١٦ الباب ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح٢

لاستعداد الزوج ذلک أو لأنها شرطت الطلاق.

ثم لا یخفی أن کراهه التزویج بالفاجره دواماً، لا کراهه الاستمتاع بها لمده قلیله، أما إذا کانت المده کثیره کان فی حکم الدوام.

فعن زراره، قال: سأله (علیه السلام) عمار وأنا حاضر، عن الرجل یتزوج الفاجره متعه، قال: «لا بأس وإن کان التزویج الآخر فلیحصن بابه»((1)).

وحیث یوجد مناط الدوام فی المتعه الطویله الأمد ألحقناها به.

ثم إن الفاجره إذا کانت یوجب جماعها المرض الذی لا یجوز تحمله شرعاً، کالأمراض الزهریه ونحوها، لم یجز جماعها لذلک، وإن جاز تزویجها مطلقاً أو بعد التوبه.

وإذا کان الزوج مصراً علی الزنا وأمکنت الزوجه من خلاص نفسها منه، کان الأفضل لها ذلک، لما تقدم من کراهه تزویج الزانی، ومن الواضح وجود المناط فی الاستدامه.

1- الوسائل: ج14 ص333 الباب 12 من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح4

مسأله ۱۹ إذا زنی بذات البعل

(مسأله ۱۹): إذا زنا بذات بعل دواماً أو متعهً حرمت علیه أبداً،

(مسأله ۱۹): {إذا زنا بذات بعل دواماً أو متعهً حرمت علیه أبداً} علی المشـهور شـهره عظیمه، واستدلوا لذلک بالشهره المحققه، وبالإجمـاع المـدعی فی کلاـم الانتصـار والغنیه والحلی وفخر المحققین، وبالأولویه، فإن العقـد علی ذات البعل مع العلم إذا کان محرماً، فالزنا أولی بالتحریم، وإذا کان الدخول مع العقد محرماً حتی للجاهل فالزنا أولی.

وبالرضوی، قال (علیه السـلام): «ومن زنا بـذات بعل محصـناً کان أو غیر محصن ثم طلقها زوجها أو مات عنها، وأراد الذی زنی بها أن یتزوج بها لم تحل له أبداً، ویقال لزوجها یوم القیامه خذ من حسناته ما شئت»([(۱)]).

وبما ذکره بعض المتأخرین، قال: روی «أن من زنا بامرأه لها بعل، أو فی عده رجعیه، حرمت علیه ولم تحل له أبداً».

وبمـا عن انتصـار السـید، قـال: (وممـا انفردت به الإمـامیه القول بـأن من زنی بـامرأه ولها بعل حرم علیه نکاحها أبـداً، وإن فارقها زوجها، وباقی الفقهاء یخالفون فی ذلک، والحجه فی ذلک إجماع الطائفه ــ إلی أن قال ــ: وقـد ورد من طرق الشـیعه فی خطر مـا ذکرنـاه أخبـار معروفه، ثم قال: ومما ظن انفراد الإمامیه به القول بأن من زنی بامرأه وهی فی عـده من بعل له فیها علیها رجعه حرمت علیه بذلک ولم تحل له أبداً، والحجه لأصحابنا فی هذه المسأله الحجه التی قبلها، والکلام فی المسألتین

۱- المستدرک : ج۲ ص۵۷۶ الباب ۱۱ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۸

واحد) انتهى. فإن ظاهره ورود روايات بالمسألتين.

لكن عن الشرايع ما ظاهره التردد، فإنه نسب التحريم إلى المشهور، وحكى التوقف فى المسأله عن بعض المتأخرين.

وظاهر الوسائل والمستدرك التوقف.

وكيف كان، فيرد على الأول: أى الإجماع ما عرفت من توقف جماعه، ولذا قال المسالك بعدم تحقق الإجماع على وجه يكون حجه.

وعلى الثانى: إن الأولويه غير محققه، ولذا قال المستمسک: القطع بالأولويه غير حاصل.

وعلى الثالث: إن الرضوى والمراسيل لا حجيه فيها، ولذا لم يستند المشهور إليها.

وإذا لم يتحقق شىء من أدله المنع، فإطلاقات «لا يحرم الحرام الحلال»، وما دل على زواج من زنى بها، كما فى المسأله المتقدمه، وإطلاقات أدله النكاح، والتمثيل فى جمله من الروايات بمن أكل الثمره حراماً ثم اشترى النخله فأكلها حلالاً، إلى غير ذلك، لها مجال واسع، ولكن يشكل الفتوى بذلك بعد الشهره العظيمه والإجماعات المنقوله وعدم ظهور خلاف صريح فى المسأله.

نعم إذا زنى بها قبل إسلامهما، فلا ينبغى الإشكال فى أن «الإسلام يجب ما قبله».

أما إذا كان أحدهما مسلماً حين الزنا والآخر كافراً، ثم أسلم الكافر، فهل يأتى حديث الجب، أو هل يأتى دليل الإلزام فيما إذا زنى المسلم بالكافره، ثم طلقها زوجها وكان من مذهبها الجواز، وكذلك بالنسبه إلى المخالفه، فقد تقدم الكلام فى بعض المسائل السابقه فى شبه هذه المسأله فراجع، لأن المسألتين من باب واحد.

ص:١٠٢

فلاـ يجوز له نكاحها بعد موت زوجها أو طلاقه لها أو انقضاء مدتها إذا كانت متعةً، ولا فرق على الظاهر بين كونه حال الزنا عالماً بأنها ذات بعل أم لا، كما لا فرق بين كونها حرةً أو أمةً وزوجها حراً أو عبداً، كبيراً أو صغيراً، ولا بين كونها مدخولاً بها من زوجها أو لا، ولا بين أن يكون ذلك بإجراء العقد عليها وعدمه، بعد فرض العلم بعدم صحه العقد

وكيف كان {فـ} على المشهور {لاـ يجوز له نكاحها بعد موت زوجها أو طلاقه لها} أو انفصاله عنها بأى سبب ولو كان فسخاً أو نحوه.

{أو انقضاء مدتها إذا كانت متعةً}، كل ذلك لإطلاق النص والفتوى، كما نص عليه بعض.

كما لا فرق بين كون الزانى واطياً فى القبل أو دبر، وكون ذات البعل دخل بها الزوج أو لا.

{ولا فرق على الظاهر بين كونه حال الزنا عالماً بأنها ذات بعل أم لا} لإطلاق النص والفتوى، وصرح بذلك الجواهر.

وقوله (على الظاهر) لاحتمال الفرق، وأن المنصرف هو حال العلم.

كما أنه لا فرق بين كونه عالماً بالحكم أم لا.

{كما لاـ فرق بين كونها حرةً أو أمه، وزوجها حراً أو عبداً، كبيراً أو صغيراً} عاقلاً أو مجنوناً، مؤمناً أو مخالفاً أو كافراً، إذا لم يكن من دينهما جواز أخذها بعد ذلك، أو من دين الكافر جواز هذا الفعل بذات البعل، وإلا فقد تقدم الكلام فى ذلك.

{ولا بين كونها مدخولاً بها من زوجها أو لا} لإطلاق النص كما سبق.

{ولا بين أن يكون ذلك} الوطى من الزانى {بإجراء العقد عليها وعدمه، بعد فرض العلم بعدم صحه العقد}، أما إذا كان يزعم صحه العقد فهو من وطى الشبهه

ولا بين أن تكون الزوجه مشتبهه أو زانيه أو مكرهه، نعم لو كانت هى الزانيه وكان الواطى مشتبهاً فالأقوى عدم الحرمه الأبديه، ولا يلحق بذات البعل الأمه المستفرشه، ولا المحلله

لا من الزنا بذات البعل.

{ولا بين أن تكون الزوجه مشتبهه أو زانيه} أو مضطره أو غافله {أو مكرَهه} أو مع عدم شعورها أصلًا، كما إذا كانت فى حاله النوم أو السكر أو الإغماء أو نحوها.

{نعم لو كانت هى الزانيه وكان الواطى مشتبهاً} بأن ظن أنها غير ذات بعل فتزوجها وهى تعلم بأنها ذات بعل، {فالأقوى عدم الحرمه الأبديه} لأن مورد النص والفتوى الزنا، وهذا شبهه وليس برنا، ولذا قال الجواهر: (فى الحرمه أبداً إشكال).

أقول: أما احتمال الحرمه أبداً لأجل زناها واشتراك التكليف غير تام، إذ لم يعلم باشتراك التكليف.

ثم إن مثل اشتباهه أنها غير ذات بعل اشتباهه وظنه بأنها زوجته، وكذا اشتباهه وظنه بأن ذلك جائز شرعاً، لتجدد عهده بالإسلام مثلًا، وذلك لأنه لا يسمى زناً، بل وطى شبهه كما عرفت.

لكن الظاهر الحرمه أبداً إذا علم أنها إما زوجته أو ذات بعل، أو علم بأن إحدى المرأتين ذات بعل، ومع ذلك لم يأخذ بقاعده وجوب الاجتناب واقترب منها.

{ولا يلحق بذات البعل الأمه المستفرشه} التى وطأها مولاها {ولا المحلله} وذلك للأصل بعد عدم شمول النص والفتوى له، ولذا قال فى الجواهر: إنه

نعم لو كانت الأمه مزوجه فوطأها سيدها لم يبعد الحرمه الأبديه عليه، وإن كان لا يخلو من إشكال

لا يجد فيه خلافاً، واحتمال وحده الملاک غير كاف فى الحكم بعد عدم القطع به وكونه خلاف الأصل، إذ الأصل أنه «لا يحرم الحرام الحلال»، بالإضافه إلى أصل البراءه.

{نعم لو كانت الأمه مزوجه فوطأها سيدها} عالماً عامداً {لم يبعد الحرمه الأبديه عليه} لأنه من الزنا بذات البعل، فيشمله النص والفتوى، {وإن كان لا يخلو من إشكال} من جهه الانصراف وبعض الروايات:

مثل روايه على بن سليمان، التى رواها الشيخ، قال: كتبت إليه رجل له غلام وجاريه زوج غلامه جاريته ثم وقع عليها سيدها، هل يجب فى ذلک شیء، قال: «ينبغى له أن لا يمسها حتى يطلقها الغلام»((1)).

وكذلک سكوت ما رواه الصدوق فى المقنع، قال: «روى أن أمير المؤمنين (عليه السلام) أتى برجل زوج جاريته مملوكه ثم وطأها فضربه الحد»((2)).

بل لا يبعد عدم الحرمه إذا كان الزوج عبده ولم يطأها، فإن وطى المولى لها تفريق لها عنه، إذ الاختيار بيده، كما يظهر من الأخبار.

ففى روايه عمار، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، سألته عن الرجل يزوج

1- الوسائل: ج14 ص549 الباب 44 من أبواب ن ک اح العبيد والإماء ح3

2- الوسائل: ج14 ص550 الباب 44 من أبواب ن ک اح العبيد والإماء ح8

ولو كان الواطى مكرَهاً على الزنا فالظاهر لحوق الحكم، وإن كان لا يخلو عن إشكال أيضاً.

جاريته من عبده، ويريد أن يفرق بينهما ــ إلى أن قال ــ قلت: فإن كان المملوك لم يجامعها، قال: «يقول لها اعتزلى، فقد فرقت بينكما، ثم يجامعها مولاها من ساعته إن شاء، ولا عده عليها»((١)).

ومثلها غيرها، كما عنونها الوسائل وغيره فى باب كيفيه تفريق الرجل بين عبده وأمته.

{ولو كان الواطى مكرَهاً على الزنا فالظاهر لحقوق الحكم} لإطلاق النص والفتوى {وإن كان لا يخلو عن إشكال أيضاً}، إذ الزنا فى النص منصرف إلى المختار، بالإضافه إلى رفع الإكراه، لكن فى المستمسك منع الانصراف، وفيه نظر.

ومنه يعرف الكلام فيما إذا كان الزانى ملجأً أو مضطراً أو صغيراً أو مجنوناً أو سكراناً أو ما أشبه، لحديث رفع التسع، وحديث رفع القلم، والقول بأنهما يرفعان التكليف والعقاب لا الوضع، يرد عليه ما ذكرناه فى هذا الشرح من الإطلاق إلّا ما خرج بالدليل، من نص أو ضروره أو إجماع، كالجنابه الحاصله بالإدخال والإنزال، والنجاسه ونحوهما، ولا وجه لتخصيص الرفع بالعقاب والأحكام التكليفيه.

كما أن منه يعلم أنه لو أن ذات البعل هى التى زنت، كما إذا كان الرجل نائماً فأدخلت ذكره فى فرجها، فإنه لا يوجب الحرمه.

١- الوسائل: ج١۴ ص ۵۵٠ الباب ۴۴ من أبواب ن ك اح العبيد والإماء ح٣

مسأله ۲۰ لو شک فی کونها فی العده

(مسأله ۲۰): إذا زنی بامرأه فی العـده الرجعیه حرمت علیه أبـداً، دون البائنه وعده الوفاه وعده المتعه ووطی الشـبهه والفسخ، ولو شک فی کونها فی العده أو لا، أو فی العده الرجعیه أو البائنه، فلا حرمه ما دام باقیاً علی الشک

(مسأله ۲۰): {إذا زنی بـامرأه فی العـده الرجعیه حرمت علیه أبـداً}، الکلاـم فی هـذه المسـأله کالکلاـم فی المسأله السابقه دلیلاً وإشکالاً وفتویً.

أما إذا زنی الرجل فی عـدته بامرأه غیر ذات البعل ولا ذات عـده، کما إذا طلق الرابعه فنکح الخامسه قبل انقضاء عده الرابعه، فلا إشکال فی عدم الحرمه الأبدیه، للإطلاق من غیر دلیل علی الحرمه.

{دون البائنه وعـده الوفاه وعـده المتعه ووطی الشـبهه والفسخ} قالوا: لخروج کل ذلک عن معقد الإجماع والمراسـیل المتقدمه، وهو کذلک، فلا وجه لإشـکال الریاض فی ذلک لوجود الأولویه من النکاح فی العده الموجب للحرمه الأبدیه، وفیه ما تقدم فی تلک المسأله من عدم القطع بالأولویه.

{ولوشـک فی کونهـا فی العـده أو لاـ أو فی العـده الرجعیه أو البـائنه} أو أن التی فی العـده هی هـذه أو امرأه أخری غیر محل الابتلاـء {فـ} اللاـزم الفحص، لمـا ذکرنـاه مکرراً من وجوب الفحص فی الشـبهات الموضوعیه إلاّـ مـا خرج، والمقام لیس مما خرج، بـل الفحص فی المقـام أولی لأنهـا بـاب الفروج المشـدد فیه، فـإذا لم ینته فحصه إلی نتیجه فـ {لاـ حرمه ما دام باقیاً علی الشک} للأصل الموجب لشمول إطلاقات أدله الزواج له.

ص:۱۰۷

نعم لو علم كونها فی عـده رجعیه وشک فی انقضائها وعـدمه، فالظاهر الحرمه خصوصاً إذا أخبرت هی بعـدم الانقضاء، ولا فرق بین أن یکون الزنا فی القبل أو الدبر، وکذا فی المسأله السابقه.

ولا یخفی أن قوله: (ما دام) لا وجه له بعـد ما تقدم من الإشـکال فی الحرمه الأبدیه فیما إذا لم یعلم بکونها فی العده لعدم صدق الزنا، فتأمل.

{نعم لو علم کونها فی عـده رجعیه، وشک فی انقضائها وعدمه، فالظاهر الحرمه} للاستصـحاب، إلاّ إذا تبین بعد ذلک خروجها عن العده.

ولو شک فی أن الزواج کان صحیحاً أم لا، فالأصل الصحه، فیکون من الزنا بذات العده الرجعیه.

{وخصوصاً إذا أخبرت هی بعدم الانقضاء} بل فی هذه الصوره محکومه بالعدم لحجیه قولها کما سبق، وکذلک إذا کان هناک شیاع مفید للعلم، بناءً علی اشتراط العلم فی الشیاع، أو شاهدان یشهدان بعدم خروجها عن العده.

ولو شک فی أن العقد کان متعهً أو دواماً، فقد تقدم أن الأصل فی مثل هذا الشک المتعه، فلا تکون عدتها رجعیه.

{ولا فرق بین أن یکون الزنا فی القبل أو الدبر} لإطلاق الزنا علی کلیهما، وانصراف الزنا إلی الأول بدوی کما لا یخفی.

{وکذا فی المسأله السابقه}.

ثم إنه لو علم بـأنه زنی بإحـدی هـاتین حرمتـا علیه للعلم الإجمـالی، إلاّ فیما إذا کانت الشـبهه غیر محصوره، أو کانت إحـداهما خارجه عن محل الابتلاء مما یوجب عدم تنجیز العلم الإجمالی.

مسأله ۲۱ من أوقب غلاما

(مسأله ۲۱): من لاط بغلام فأوقب ولو بعض الحشفه حرمت علیه أمه أبداً وإن علت، وبنته وإن نزلت، وأخته

(مسأله ۲۱): {من لاط بغلام فأوقب}، وإنما قال (فأوقب) لأن اللواط یستعمل أحیاناً فی ما دون الدخول، {ولو بعض الحشفه} کأنه لصدق الإیقاب، وتقییده بتمام الحشفه فی وجوب الغسل لمثل قوله: «إذا التقی الختانان» لا یقتضی التقیید بذلک هنا، إلاّ أن یقال: إن فهم العرف یقتضی وحده کل المقامات، بل یمکن أن یقال فی صدق الإیقاب ونحوه تأمل، ولذا جعل بعض المعلقین الحکم علی نحو الاحتیاط.

نعم عن القواعد والمسالک والروضه وجامع المقاصد وغیرها کفایه بعض الحشفه فی التحریم، بل عن الریاض الاتفاق فی الظاهر واقع علیه، وتبعهم المستمسک وجمله من المعلقین.

ولو شک فالأصل العدم، وإن کان الاحتیاط یقتضی التجنب لأنه باب الفروج.

ولو کان مقطوع الحشفه فما بقی منه کاف فی إیجاب التحریم لصدق الإیقاب.

ولا فرق بین الإیقاب حال النعوظ وعدمه للإطلاق.

نعم إذا أدخل ذکره المقطوع فلا- ینبغی الإشکال فی عدم التحریم لعدم الصدق، کما أنه إذا أجری عملیه فرفعت إسته، فإن صَدَق الإیقاب ونحوه حرم، وإلا لم یحرم للأصل.

{حرمت علیه أمه أبداً وإن علت، وبنته وإن نزلت، وأخته}، أما حرمه الأم والبنت والأخت فلا إشکال فیه ولا خلاف، وقد حکی علی ذلک الإجماع من الانتصار والخلاف والغنیه وشرح النافع للسید والتذکره والمسالک وغیرهم،

ص:۱۰۹

وفی الجواهر هو فی أعلی درجات الاستفاضه والتواتر.

ویدل علی الحکم جمله من الروایات:

مثل صحیح ابن أبی عمیر، عن بعض أصحابنا، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، فی رجل یعبث بالغلام، قال: «إذا أوقب حرمت علیه بنته وأخته»((1)).

وموثق إبراهیم بن عمر، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، فی رجل لعب بغلام هل تحل له أمه، قال: «إن کان ثقب فلا»((2)).

وخبر حماد بن عثمان، قال: قلت لأبی عبد الله (علیه السلام): رجل أتی غلاماً أتحل له أخته، قال: فقال: «إن کان ثقب فلا»((3)).

ومرسل الصدوق، قال: روی عن أبی عبد الله (علیه السلام) فی رجل لعب بغلام، قال: «إذا أوقب لم تحل له أخته أبداً»((4)).

والرضوی (علیه السلام)، قال: «ومن لاط بغلام» إلی أن قال: «ولا تحل له أخته فی التزویج أبداً وابنتها» وقال فی موضع آخر: «ومن ولج بالصبی لم تحل له أخته أبداً»((5)).

ثم إنه لا إشکال فی عدم تحریم أخت الأخت التی لیست هی بأخت، کما

1- الوسائل: ج14 ص339 الباب 15 من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح1
2- الوسائل: ج14 ص340 الباب 15 من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح7
3- الوسائل: ج14 ص340 الباب 15 من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح4
4- الوسائل: ج14 ص340 الباب 15 من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح5
5- المستدرک: ج2 ص577 الباب 15 من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح1

من غير فرق بين كونهما كبيرين أو صغيرين أو مختلفين

لا إشكال فى عدم تحريم بنت الأخت.

أما حرمه أم الأم، وبنت البنت، فقد حكى عن ابن إدريس والقواعد، وفى الجواهر قال: إنه ليس ببعيد، لكن كشف اللثام تنظر فى ذلك، وفى المستمسك الأصل يقتضى الحل لولا دعوى الاتفاق عليه.

أقول: والظاهر الحل، لعدم الدليل عليه، وشمول البنت والأم لبنت البنت ولأم الأم بالقرينه فى بعض الأماكن لا يوجب القول بذلك فى كل مكان، بل لا يكاد يفهم من النص والفتوى إلاّ الأم والبنت فقط، كما هو كذلك فى سائر المحاورات العرفيه، فالقول بعدم الحرمه أقرب، خصوصاً فى مثل بنت ابن البنت، وأم أب الأم، إلى غير ذلك.

أما ما ذكره المصنف من قوله: {من غير فرق بين كونهما كبيرين أو صغرين أو مختلفين} فاللازم فيه التفصيل، وهو أنه لا إشكال فى الحكم إذا كان الواطى كبيراً والموطوء غلاماً، أى لا ما إذا كان قبل البلوغ، ولا ما إذا كان رجلاً كبير السن، وذلك لأنه مورد النص والإجماع.

وأما إذا كان الواطى كبيراً، والموطوء صغيراً ممن لا يسمى بالغلام، فقد صرح بعدم الفرق فيه بعض، لكنه لا يخلو من نظر، لأن المذكور فى النصوص هو الغلام، وهو لا يشمل ما إذا لم يسم بالغلام لصغره، فالتعدى عنه بحاجه إلى فهم عدم الخصوصيه، فمع عدمه كان الأصل الجواز.

وكذا فى الإشكال إذا كان الموطوء كبيراً بحيث لا يسمى بالغلام كالشيخ والكهل، فإنه وإن صرح فى القواعد وغيره بعدم الفرق، إلاّ أن المستمسك قال:

(لا يخلو من نظر، لأن المذكور فى النصوص هو الغلام، وهو لا يشمل الشيخ والكهل، فالتعدى يحتاج إلى فهم المثاليه من الغلام وأن المراد مطلق الذكر، أو الإجماع على عدم الفصل، لكن كلا من الأمرين غير ظاهر، وإن كان غير بعيد) انتهى.

أقول: فعلى هذا، فالأصل الحليه.

أما إذا كان الواطى صغيراً بما لا يسمى رجلًا، وذلك بأن لم يبلغ الحلم، فالمحقق والشهيد الثانيان وجمله من تبعهما قالوا بعدم الفرق، لفهم عدم الخصوصيه.

واستشكل فيه القواعد وغيرها، لأن النص اشتمل على لفظ (الرجل) وهو لا يشمل الصغير، بالإضافه إلى دليل الرفع عن الثلاث، ولذا مال المستمسك إلى عدم الحرمه، كما أن السيد الجمال وبعض آخر من المعلقين قالوا بأن الحرمه فى الواطى الصغير لا تخلو من إشكال.

وعلى هذا فمقتضى القاعده أن الحرمه خاصه بما إذا كان الواطى بالغاً والموطوء يسمى غلاماً، أما فيما عدا ذلك فالأصل الحليه.

ومنه يعلم أنه لو كان الواطى مجنوناً أو نائماً أو سكراناً أو ما أشبه ممن يرتفع التكليف عنه لم يوجب الحرمه، لأدله الرفع، وانصراف أدله المنع عنه، فإن مثل قوله (عليه السلام): «رجل يعبث بالغلام»، و«رجل لعب بغلام» لا يشمله.

كما أنه إذا أُلجأ بالوطى، كما إذا شد وثاقاً وأدخل ذكره فى غلام، لم يكن يوجب ذلك الحرمه.

كما لا يبعد رفع الحكم فى الاضطرار والإكراه، لأدله الرفع والانصراف.

ثم إنه لا فرق بين البنت والأخت الموجودتين حال اللواط أو المخلوقتين

ولا تحرم على الموطوء أم الواطى وبنته وأخته على الأقوى

بعده، كانتا للأبوين أو للأب أو للأم، كانت الأم أو هما من الحلال أو الزنا أو الشبهه أو الرضاع للإطلاق، وانما نتعدى إلى الرضاع لأنه لحمه كلحمه النسب، فتأمل.

ولوكانا كافرين ثم أسلم اللاطى فقد جب الإسلام((١)) لعمله ذاك، بل وإن كان الملوط مسلماً.

إما إذا كانت الأم أو البنت أو الأخت ممن لا تقول بالحرمه لكفرها، أو لأن مذهبها كذلك، فهل يجوز لقاعده «ألزموهم»، أم لا للإطلاق، احتمالان، والأول لا يخلو من وجه، وإن كانت المسأله بحاجه إلى التأمل.

{ولا تحرم على الموطوء أم الواطى وبنته وأخته على الأقوى} كما هو المشهور للأصل وعدم الدليل، بل حكى الإجماع عما عدا الشيخ على جوازه.

أما من منع ذلك فقد احتمل أن يكون مأخذه احتمال رجوع الضمير فى الأخبار لكل من الفاعل والمفعول.

وفيه ما لايخفى، ولذا قال الجواهر: (بل الظاهر عدم جواز مثل ذلك ـ رجوع الضمير لكل من الفاعل والمفعول ـ لغةً إلّا على ضرب من المجاز المقطوع بعدمه هنا).

ولو شك فى أنه كان واطياً أو موطوءاً مع علمه بأنه كان أحدهما، فالأصل جواز أخذه، لأنه من قبيل ثوب واجدى المنى على ما ذكروا.

ولو علم باللواط لكنه شك فى أنه كان قبل بلوغه أم لا، فالأصل عدم البلوغ.

كما أنه لو شك فى أن الموطوء كان غلاماً أو لم يبلغ حال اللواط مبلغ الغلام، كان الأصل عدم بلوغه.

ولو شك فى أن الموطوء كان أخاً لهذه البنت، أو ابناً له، أو أباً

١- مجمع البحرين: ماده (جب)

ولو كان الموطوء خنثى حرمت أمها وبنتها على الواطى، لأنه إما لواط أو زنا وهو محرم إذا كان سابقاً كما مر

حلت بعد الفحص، لأصاله الحليه.

{ولو كـان الموطوء خنثى حرمت أمهـا وبنتها على الواطى، لأنه إما لواط أو زنا وهو محرم} فإن الزنا بالمرأه يوجب تحريم البنت والأم للزانى {إذاكان} الزنا {سابقاً} على العقد، كما يأتى فى المسأله الثامنه والعشرين من الفصل الآتى إن شاء الله تعالى.

أما قوله: {كما مر} فلعله من خطأ النساخ.

وكيف كـان ففى القواعـد: ولو أوقب خنثى مشـكل فالأقرب عـدم التحريم، وعلله فى محكى كشف اللثام بالأصل مع الشك فى السبب، ووجه الخلاف الاحتياط مع تغليب جانب الحرمه.

أقول: بنـاءً على عـدم كون الخنثى طبيعه ثـالثه، فـإن أوقب فيه رجـل فهو إمـا امرأه فتحرم أمه وبنته، وإمـا رجل فتحرم أخته وأمه وبنته، وحيث العلم الإجمالى كان اللازم حرمه الجميع.

ولعل عدم ذكر المصنف الأخت لانحلال العلم، فإنه يعلم بحرمه الأم والبنت على كلا التقديرين، ولا يعلم حرمه الأخت، فالأصل العدم.

لكن ربما يقال: إنه من قبيل العلم الإجمالى بأنه إما أن يجب عليه صـيام ثلاثه أيام أول رجب أو يومين أول شـعبان، حيث يجب عليه صيام الخمسه، وإلا لم يعلم بإتيان ما وجه عليه من التكليف على كل حال.

أما بناءً على كون الخنثى طبيعه ثالثه لم يكن إيقابه محرماً، إذ ليس هو

والأحوط حرمه المذکورات وإن کان ذلک بعد التزویج

رجلًا ولا امرأه، فلا یشمله أحد التکلیفین.

هـذا إذا أوقب رجـل فی الخنثی، أمـا إذا أوقب الخنثی فی غلاـم فبنـاءً علی وجوب التکلیفین علیه وجب علیه اجتنـاب الثلاثه من الموطوء، لاحتمال الخنثی أن یکون ما أدخله فی الغلام ذکراً، وأنه رجل فی الواقع.

وکذا إذا أدخل الخنثی فی الخنثی.

لکنـا ذکرنـا فی بعض المباحث السابقه أن للخنثی أن یجعل نفسه ذکراً أو أنثی، والاحتیاط أن یکون ذلک بالقرعه، فیترتب علیه کل أحکام ذلک الصنف الذی جعل نفسه منه.

ثم لاـ یخفی أن الکلاـم فی مـا إذا أدخـل الخنثی فی دبر الـذکر أو المرأه أو الخنثی، کـان الکلاـم فیما إذا أدخل الـذکر فی دبر الخنثی.

{والأـحوط حرمه المـذکورات وإن کـان ذلک بعـد التزویـج} کما عن ابن سـعید فی الجامع، بل نسب إلی ظاهر جماعه أطلقوا الحکم بالتحریم.

لکن المشهور شهره عظیمه عدم التحریم، بل ادعی بعضهم أنه اتفاقی لا مخالف فیه فتوی وروایه، إلّا ما یظهر من مرسل ابن أبی عمیر.

واستدل للحل بالأصل، وبقولهم (علیهم السلام): «لا یحرم الحرام الحلال»((1)).

وللحرمه بمرسـل ابن أبی عمیر، عن بعض أصـحابنا، عن أبی عبـد الله (علیه السـلام)، فی رجـل یأتی أخا امرأته، فقال: «إذا أوقبه حرمت علیه المرأه»((2)).

وربما یؤید ذلک بإطلاق بعض الروایات السابقه، والمرسل وإن کان أخص

1- الوسائل: ج14 ص320 الباب 4 من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح5

2- الوسائل: ج14 ص320 الباب 15 من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح2

خصوصاً إذا طلقها وأراد تزويجها جديداً، والأم الرضاعيه كالنسبيه

مطلقـاً من قاعـده لاـ يحرم الحرام الحلال، إلاّ أن قوه تلك القاعـده فتوىً وعملاً وروايةً، وضـعف المرسل فى نفسه سـنداً وعملاً يوجب تقـديم القاعـده عليه، فإن الخاص إنما يقدم على العام إذا لم يكن للعام قوه توجب صـرف ظهور الخاص عن الإلزام إلى الكراهه.

ثم إن المرسل فى أخت الموطوء، فالتعدى عنه إلى أمه وابنته ــ كما يظهر من المصـنف ــ لا وجه له، إلاّ وحده المناط وهو غير مقطوع به.

{خصوصاً إذا} وقع الإيقاب فى حاله زوجيته له فــ {طلقها وأراد تزويجها جديداً} لم يجز لشموله الأدله له إلاّ أن يقال: إنها إذا كانت محلله بعد الإيقاب فحرمته الأبديه بالطلاق مستبعده.

نعم إذا طلقها ثم أوقب أخاها مثلاً، لم يجز نكاحها من جديد، لأنه حينئذ مشمول للأدله، كما ذكره الشيخ المرتضى (رحمه الله).

ثم إنه انقلب الموطوء بنتاً ــ كما يقال بإمكان ذلك بإجراء عمليه جراحيه، كما رأينا عكسه من انقلاب البنت ولـداً فى زماننا ــ فلاـ إشكال فى جواز أخـذ الواطى لهـا، بل لا يبعـد انقلاب الحكم بالنسـبه إلى بنته وأمه وأخته، لأن الحكم يتبع الموضوع، فإن تبدل الموضوع تبدل الحكم.

{والأـم الرضـاعيه كالنسبيه} كما فى الجواهر، وعن التحرير والروضه والرياض وكشف اللثام وغيرهم، لعموم كون الرضاع لحمه كلحمه النسب، وإشكال القواعد فى ذلك كأنه لأجل انصراف النسبيه من الأدله.

ص:۱۱۶

وكـذلك الأخت والبنت، والظـاهر عـدم الفرق فى الوطى بين أن يكون عن علم وعمـد واختيـار، أو مع الاشـتباه كمـا إذا تخيله امرأته أو كان مكرهاً أو كان المباشر للفعل هو المفعول

وفيه: إن دليل الرضاع يتمم دليل النسب، فتأمل.

{وكـذلك الأخت والبنت} لوحـده الملاك فى الجميع، كما لا فرق بين الأخت من الأبوين أو من أحـدهما، وسواء كانت الأم والأخت والبنت عن وطى صحيح، أو عن وطى شبهه، أو عن زنا، كل ذلك لإطلاق الأدله.

{والظاهر} عنـد المصنف {عـدم الفرق فى الوطى بين أن يكون عن علم وعمـد واختيار، أو مع الاشـتباه} مقابل العلم {كما إذا تخيله امرأته أو كان مكرَهاً} مقابل العمد {أو كان المباشر للفعل هو المفعول} مقابل الاختيار.

لكن فى الكل نظر، لأن النص منصـرف إلى العلم والعمـد، كما فى كل فعل ينسب إلى الفاعل بدون قرينه إراده العموم، مثلاً فى قوله سـبحانه: (من قتـل نفساً بغير نفس)((١))، وقـوله: (الزانيه والزانى)((٢))، وقوله: (السارق والسارقه فاقطعوا أيـديهما)((٣))، إلى غيرها، كلها منصرفه إلى العلم والعمد والاختيار.

هذا بالإضافه إلى حديث الرفع.

وقد أشكل فى الثالث المستمسك بقوله: (يشكل بأنه لا تصح حينئذ نسبه الفعل إلى الفاعل، وإنما تصح نسبته إلى المفعول

١- سوره المائده: الآيه ٣٢

٢- سوره النور: الآيه ٣

٣- سوره المائده: الآيه ٣٨

ولو كان الموطوء ميتاً ففى التحريم إشكال، ولو شک فى تحقق الإيقاب وعدمه بنى على العدم

فيخرج عن ظاهر النصوص) انتهى.

ويؤيد عدم الحرمه فى الثلاثه أن لفظ اللعب والعبث الواردين فى النصوص لهما دلاله عرفيه على العلم والعمد والاختيار، وإلا لم يسم نفس العمل بهذين اللفظين، نعم لاشک فى أن الاحتياط الاجتناب.

{ولو كان الموطوء ميتاً ففى التحريم إشكال} كما عن القواعد، خلافاً لجامع المقاصد حيث لم يبعد التحريم، لعموم النص، وللجواهر حيث أفتى بالحليه من جهه أن المنساق من النصوص الغلام الحى، فيبقى غيره على عمومات الحل، وتبعه المستمسک، وهذا هو الأظهر.

كما أن الواطى لو كان ميتاً بأن أدخل آلته فى نفسه، فعلى القول بأنه لا يحوز للموطوء أخت الواطى وأمه وبنته، يجوز فى المقام.

{ولو شک فى تحقق الإيقاب وعدمه بنى على العدم} للأصل، وكذا إذا علم بالإيقاب ولم يعلم أنه كان على الوجه المحرم كالعلم والعمد والاختيار، أم لا.

ولو علم بأنه أوقب أحد هذين، فإن كان كلاهما محل ابتلائه حرم، وإلا لم يحرم، كما إذا لم يكن لأحدهما لا بنت ولا أخت وقد توفيت أمه مثلاً، فتأمل.

ثم إنه لا فرق فى التحريم أن يكون بإنزال أم لا، لإطلاق الأدله.

كما لا فرق بين الابتداء والاستدامه، فلوكان متزوجاً ثم علم بذلک وجبت المفارقه فوراً، ولا حاجه إلى الطلاق.

ولا ـ تحرم من جهه هـذا العمـل الشـنيع غير الثلاثه المـذكوره، فلا بأس بنكاح ولـد الواطى ابنه الموطوء أو أخته أو أمه، وإن كان الأولى الترک فى ابنته.

نعم، إذا لم يكن يعلم بـالحرمه كـانت أولاـده للشـبهه، كمـا أن لهـا عليه مهر المثل، أو أقل الأمرين من المسـمى والمثل، على ما ذكرناه فى مسأله سابقه.

أما ديه فض البكاره فلا، لأنها ساعدت على ذلک، كما تقدم الكلام فيه.

ولو علم بحصول إيقاب، لكنه لم يعلم هل أنه حدث قبل زواجه بها أو بعده، فالأصل صحه العقد.

ولو فارق فيما إذا كان عن شبهه وجبت عليها العده.

ولـو كـان الموقب مخالفاً ممن مـذهبه الجواز، فهـل يحرم على المرأه التمكين للإطلاـق أم لاـ لقاعـده «ألزموهم»((١))، الظاهر الثانى، وإن كان الأحوط الأول، فهو مثل ما يؤخذ منهم ما أخذوه بالتعصيب ونحوه.

{ولا تحرم من جهه هذا العمل الشنيع غير الثلاثه المذكوره} للأصل بعد عدم الدليل، بل فى الجواهر بلا خلاف أجده فيه.

{فلا بأس بنكاح ولد الواطى ابنه الموطوء أو أخته أو أمه، وإن كان الأولى الترک فى ابنته} لمرسل موسى بن سعدان، عن بعض رجاله، قال: كنت عند أبى عبد الله (عليه السلام)، فقال له رجل: ما ترى فى شابين كانا مضطجعين، فولد لهذا غلام ولهذا جاريه، أيتزوج ابن هـذا ابنه هـذا، فقال (عليه السـلام): «نعم، سـبحان الله لم لا يحل، فقال: إنه كان صـديقاً له، قال: «وإن كان فلا بأس»، قال: فإنه كان يفعل به،

١- الوسائل: ج٥ ص٣٢١ الباب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق ح٥

قال فأعرض بوجهه، ثم أجابه وهو متستر بـذراعه، فقال: «إن كان الـذى منه دون الإيقاب فلا بأس أن يتزوج، وإن كان قـد أوقب فلا يحل له أن يتزوج»((1)).

وحيث إنها مرسله ولم يعرف قائل بها لم يكن تفيد إلاّ الأولويه التى ذكرها المصنف.

ص:۱۲۰

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۳۴۰ الباب ۱۵ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۳

فصل فی المحرمات الأبدیه

فصل

من المحرِّمات الأبدیه التزویج حال الإحرام((۱)).

لا یجوز للمُحرم أن یتزوج امرأه مُحرمه، سواء کان بالمباشره أو بالتوکیل، مع إجراء الوکیل العقد حال الإحرام، سواء کان الوکیل محرماً أو محلاً، وکانت الوکاله قبل الإحرام أو حاله.

وکذا لو کان بإجازه عقد الفضولی الواقع حال الإحرام، أو قبله مع کونها حاله بناءً علی النقل، بل علی الکشف الحکمی، بل الأحوط مطلقاً.

ولا إشکال فی بطلان النکاح فی الصور المذکوره.

وإن کان مع العلم بالحرمه حرمت الزوجه علیه أبداً، سواء دخل بها أو لا، وإن کان مع الجهل بها لم تحرم علیه علی الأقوی دخل بها أو لم یدخل، لکن العقد باطل علی أی حال، بل لوکان المباشر للعقد مُحرماً بطل، وإن کان من له العقد محلاً.

ولوکان الزوج محلاً وکانت الزوجه مُحرمه فلا إشکال فی بطلان العقد، لکن هل یوجب الحرمه الأبدیه، فیه قولان، الأحوط الحرمه، بل لا یخلو عن قوه.

ولا فرق

۱- وحیث کتبنا هذه المباحث فی (کتاب الحج) فلا داعی إلی تکرارها، فعلی الطالب أن یرجع إلی هناک ، والله المستعان منه (دام ظله)

فی البطلان والتحریم الأبـدی بین أن یکون الإحرام لحج واجب أو مندوب، أو لعمره واجبه أو مندوبه، ولا فی النکاح بین الدوام والمتعه.

(مسأله ۱): لو تزوج فی حال الإحرام مع العلم بالحکم، لکن کان غافلًا عن کونه مُحرماً أو ناسیاً له، فلا إشکال فی بطلانه، لکن فی کونه مُحرّماً أبداً إشکال، والأحوط ذلک.

(مسأله ۲): لاـ یلحق وطی زوجته الـدائمه أو المنقطعه حـال الإحرام بالتزویـج فی التحریم الأبـدی، فلا یوجبه، وإن کان مع العلم بالحرمه والعمد.

(مسأله ۳): لو تزوج فی حـال الإـحرام، ولکن کـان باطلاًـ من غیر جهه الإـحرام، کتزویـج أخت الزوجه أو الخـامسه، هل توجب التحریم أو لا، الظاهر ذلک لصدق التزویج فیشـمله الأخبار، نعم لو کان بطلانه لفقد بعض الأرکان بحیث لا یصدق علیه التزویج لم یوجب.

(مسأله ۴): لو شک فی أن تزویجه هل کان فی الإحرام أو قبله، بنی علی عـدم کونه فیه، بل وکـذا لو شک فی أنه کان فی حال الإحرام أو بعـده علی إشـکال، وحینئـذ فلو اختلف الزوجان فی وقوعه حاله أو حال الإحلال سابقاً أو لاحقاً، قـدم قول من یدعی الصحه، من غیر فرق

ص:۱۲۲

بين جهل التاريخين أو العلم بتاريخ أحدهما.

نعم لوكان محرماً وشك فى أنه أحل من إحرامه أم لا، لا يجوز له التزويـج، فإن تزوج مع ذلك بطل وحرمت عليه أبداً، كما هو مقتضى استصحاب بقاء الإحرام.

(مسأله ۵): إذا تزوج حال الإحرام عالماً بالحكم والموضوع، ثم انكشف فساد إحرامه صـح العقد ولم يوجب الحرمه، نعم لوكان إحرامه صحيحاً فأفسده ثم تزوج، ففيه وجهان، من أنه قد فسد، ومن معاملته معامله الصحيح فى جميع أحكامه.

(مسأله ۶): يجوز للمُحرم الرجوع فى الطلاق فى العده الرجعيه، وكذا تملك الإماء.

(مسأله ۷): يجوز للمُحرم أن يوكل محلاً فى أن يزوجه بعد إحلاله، وكذا يحوز له أن يوكل مُحرماً فى أن يزوجه بعد إحلالهما.

(مسأله ۸): لو زوجه فضولى فى حـال إحرامه لم يجز له إجازته فى حال إحرامه، وهل له ذلك بعـد إحلاله، الأحوط العـدم، ولو على القول بالنقل، هذا إذا كان الفضولى محلاً، وإلا فعقده باطل لا يقبل الإجازه، ولوكان المعقود له محلاً ((۱)).

۱- إلى هنا انتهى الجزء الأول من كتاب النكاح حسب تجزأه المؤلف (دام ظله) فى الطبعه الأولى

فصل فی المحرمات بالمصاهره

اشاره

فصل

فی المحرمات بالمصاهره

وهی علاقه بین أحد الطرفین مع أقرباء الآخر تحدث بالزوجیه، أو الملک عیناً أو انتفاعاً بالتحلیل أو الوطی شبهه أو زنا،

فصل

فی المحرمات بالمصاهره

{و} المراد بالمصاهره فی ما جری علیه اصطلاح جمله من الفقهاء {هی} ما ذکره المصنف بأنها {علاقه بین أحد الطرفین} مع الآخر، فإن علاقه الرجل مع المرأه التی نکحها وهی متزوجه ودخل بها مما یوجب الحرمه الأبدیه، مشموله لعلاقه المصاهره بالمعنی الاصطلاحی، فلیست المصاهره خاصه بما ذکره المصنف بقوله: {مع أقرباء الآخر}.

وکیف کان، فهی {تحدث بالزوجیه، أو الملک عیناً} بأن یملک الإنسان عین المملوکه {أو انتفاعاً بالتحلیل} فإن المحلل له یملک انتفاع المحلله لا عینها.

{أو الوطی شبهه أو زنا} کما قال جماعه بأن الزنا بالمرأه یوجب حرمه بنتها وأمها.

أو النظر واللمس فی صوره مخصوصه.

{أو النظر واللمس} فی مسأله منظوره الأب وملموسته {فی صوره مخصوصه} إذ لیس کل صور المذکورات توجب العلقه، بل لها شرائط تذکر فی محالها.

ثم المراد بالزوجیه أعم من العقد ومن الوطی، إذ قد یوجب نفس العقد العلاقه، وقد یوجب الوطی بالعقد العلاقه المذکوره.

ولا بأس هنا بالإشاره إلی إشکال یثیره بعض غیر المسلمین علی الإسلام، بأنه قید أتباعه عن الذهاب إلی أعماق الحیاه بسبب الأشیاء الشکلیه التی لا أهمیه لها من الکبت وتقیید الحریات، ففی باب الزواج جعل عده نساء محرمات بینما خلقت المرأه للرجل وبالعکس، فیصح أی امرأه لأی رجل بدون حاجه من قائمه طویله من المحرمات.

وفی أبواب الطهاره والصلاه والصوم والحج والاعتکاف جعل الإسلام أحکاماً وقوانین وواجبات تعیق الإنسان عن التفرغ لبناء الحیاه، فلو لم یکن المسلمون مقیدین بهذین القیدین لکان فراغهم أکثر مما یتیح لهم جوب آفاق الحیاه کما جابها الغربیون والشرقیون لما تحللوا عن قیود الدین والکنیسه.

والجواب:

أولاً: إن المسلمین لم یتأخروا من جهه تقیدهم بالحلال والحرام والعباده والطاعه، بل تأخروا من جهه أنهم ترکوا الدنیا والصناعه بعکس ما أمرهم الإسلام: (ربنا آتنا فی الدنیا حسنه)(۱)، فإن الصناعه لا ترتبط بضعف الدین، ألیس للشرق والغرب دین هو القوانین التی تحکم سلوکهم وسیرهم فی الحیاه،

۱- سوره البقره: الآیه ۲۰۱

بـل قـوانين الشـرق الكـابته للإنسـان أكـثر بمرات من قـوانين الإسـلام، وقوانين الغرب الكـابته للإنسـان أكـثر كـذلك من قوانين الإسلام، فإنهم مقيدون بقوانين الكنيسه بالإضافه إلى القوانين المدنيه.

وثانياً: إن عدم ضبط الزواج بقوانين كما ضبطه الإسلام، ينتهى بالآخره إلى شقاء الرجل والمرأه وهدم العائله، كما نجده الآن فى الغرب والشـرق من هـدم العوائـل وشـقاء الجـانبين وكـثره الطلاـق والعوانس والعزاب، بمـا يتبع ذلـك من الفقر والعقـد النفسـيه والأمراض الناشـئه من البغاه وللواط وغيرها، والسـبب هو أن تشـريع القوانين الصارمه حول الزواج، بالإضافه إلى أن بعضها لأجل الاحترام كعدم تزويج زوجه الأب، وبعضـها لأجل عدم التلاؤم وعدم التملى الجنسـى كعدم تزويج الأمهات والأخوات، وبعضـها لأجـل عـدم إحـداث مشاكل فى الحياه الجنسـيه كتزويـج الأختين، وبعضـها لأجل تسوير المحظورات بالأسوار الاحتياطيه، «فمن رعى حول الحمى أوشك أن يقع فيه»((١))، مثل المحرمات الرضاعيه التى هى أسوار حول المحرمات النسبيه، وبعضـها تأديبات وعقوبات مثل النكاح فى العده، ونكاح المطلقه ثلاثاً قبل المحلل، إلى غير ذلك مما لكل وجه معقول مما يقول به الإنسان حتى بدون الشريعه، كما نرى عقلاء العالم الملحد ونحوه يلتزمون بجمله منها، أنها نوع

١- الوسائل: ج١٨ ص١٢٢ الباب ١٢ من أبواب صفات القاضى ح٣٩

أنظمه اجتماعيه لابد من وضعها لأجل إضفاء الاحترام حول علاقه الزواج، فإن الشىء النادر المحتاج إليه أكثر أحتراماً من الشىء المبتذل ولوكان كثير الاحتياج، ولذا ترى احترام الذهب بما لا يحترم مثله التراب، وإن كان الثانى أكثر فائده، وإضفاء الاحترام يملأ النفس كما أن الطعام يملأ الجسد، فهو إعطاء للنفس بدونه تبقى النفس خاويه.

أما بالنسبه إلى الطهاره إلى آخرها، فإنها تفيد فوائد منها النظافه وحفظ الصحه والتمارين الجسديه، ومنها تربيه النفس بحيث تصلح للاجتماع، فإن النفس غير المرباه لا تكون صالحه للمعاشره، وهى نواه تفسخ الاجتماع وفساده.

ومنها الارتباط بالله سبحانه الذى هو رأس كل خيرات الإنسان، حيث إن الإنسان إذا علم أن حركاته وسكناته تحت إشراف عالم قدير، يجزى المحسن بالإحسان والمسىء بالعذاب، كان هذا الإنسان مستقيماً معتدلاً مسارعاً إلى الخيرات، منقلعاً عن المظالم والآثام، مما يسبب سعادته الداخليه، بالإضافه إلى تقويه الاجتماع واجتثاث جذور الفساد عنه، هذا إلفات بسيط إلى الجواب، والتفصيل فى الكتب المعدده له.

ص:١٢٨

مسأله ۱ حرمه زوجه کل من الأب والابن

(مسأله ۱): تحرم زوجه کل من الأب والابن علی الآخر

(مسأله ۱): {تحرم زوجه کل من الأب والابن علی الآخر} بلا إشکال ولا خلاف، بل إجماعاً متواتراً نقله، وضرورهً من الدین، ویشهد له قوله سبحانه: (ولا تنکحوا ما نکح آباؤکم من النساء)((۱)).

وقوله تعالی: (وحلائل أبنائکم الذین من أصلابکم)((۲)).

وفی روایه، عن أبی جعفر (علیه السلام) فی حرمه نساء النبی (صلی الله علیه وآله وسلم) قال: «لو سألتهم عن رجل تزوج امرأه فطلقها قبل أن یدخل بها أتحل لابنه، لقالوا: لا، فرسول الله (صلی الله علیه وآله وسلم) أعظم حرمه من آبائهم»((۳)).

وعن محمد بن مسلم، قلت له (علیه السلام): رجل تزوج امرأه فلمسها، قال: «هی حرام علی أبیه وابنه، ومهرها واجب»((۴)).

وعن علی بن یقطین، عن أبی الحسن (علیه السلام) فی حدیث، أنه سئل عن قوله تعالی: (قل إنما حرم ربی الفواحش ما ظهر منها)((۵))، إلی أن قال: (وما بطن): «یعنی ما نکح الآباء، فإن الناس کانوا قبل أن یبعث النبی (صلی الله علیه وآله وسلم) إذا کان للرجل زوجه ومات عنها تزوجها ابنه من بعده إذا لم تکن

۱- سوره النساء: الآیه ۲۲

۲- سوره النساء: الآیه ۲۳

۳- الوسائل: ج۱۴ ص۳۱۲ الباب ۲ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۴

۴- الوسائل: ج۱۴ ص۳۱۴ الباب ۲ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۵

۵- سوره الأعراف: الآیه ۳۳

أمه فحرم الله عز وجل ذلک»((۱)).

وفی روایه، عن علی بن الحسین (علیهما السلام)، الفواحش ما ظهر منها وما بطن، قال (علیه السلام): «ما ظهر نکاح امرأه الأب، وما بطن الزنا»((۲)).

وعن یونس، قال: قلت لأبی إبراهیم موسی (علیه السلام): رجل تزوج امرأه فمات قبل أن یدخل بها أتحل لابنه، فقال: «إنهم یکرهونه لأنه ملک العقده»((۳)).

أقول: الکراهه بمعنی التحریم بلا إشکال، کما ذکره غیر واحد.

وفی وصیه النبی (صلی الله علیه وآله وسلم) لعلی (علیه السلام): «إن عبد المطلب سن فی الجاهلیه خمس سنن أجراها الله عز وجل له فی الإسلام، حرم نساء الآباء علی الأبناء، فأنزل الله عز وجل: (ولا تکحوا ما نکح آباؤکم من النساء) » الحدیث((۴)).

وعن الرضا (علیه السلام) فی حدیث قال: «کان لعبد المطلب خمس من السنن أجراها الله تعالی له فی الإسلام، حرم نساء الآباء علی الأبناء، سن الدیه فی القتل مائه من الإبل، وکان یطوف بالبیت سبعه أشواط، ووجد کنزاً فأخرج منه الخمس،

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۳۱۴ الباب ۲ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۷

۲- الوسائل: ج۱۴ ص۳۱۵ الباب ۲ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۸

۳- الوسائل: ج۱۴ ص۳۱۵ الباب ۲ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۹

۴- الوسائل: ج۱۴ ص۳۱۵ الباب ۲ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۱۰

فصاعداً فی الأول ونازلاً فی الثانی

وسمی زمزم سقایه الحاج»((۱)).

أقول: الظاهر أن المراد بالأخیر أنه جعل ماء زمزم مباحاً أن یستولی علیه بعض الأعیان ویأخذ المال فی مقابل الماء.

وفی حدیث أبی الجارود، عن أبی جعفر (علیه السلام) فی باب أن الحسن والحسین (علیهما السلام) من صلب رسول الله (صلی الله علیه وآله وسلم): «فسلهم هل یحل لرسول الله (صلی الله علیه وآله وسلم) نکاح حلیلتهما، فإن قالوا نعم کذبوا، وإن قالوا لا، فهما والله ولداه لصلبه، وما حرم علیه إلاّ للصلب»((۲)).

إلی غیرها من الروایات.

{فصاعداً فی الأول، ونازلاً فی الثانی} بلا إشکال ولا خلاف، بل ضرورةً وإجماعاً متواتراً نقله، ویدل علیه بالإضافه إلی تفسیر الآیه بالأعم جمله من الروایات مثل بعض ما تقدم.

وصحیح محمد بن مسلم، عن أحدهما (علیهما السلام)، قال (علیه السلام): «لو لم تحرم علی الناس أزواج النبی (صلی الله علیه وآله وسلم) لقول الله عز وجل: (ما کان لکم أن تؤذوا رسول الله، ولا أن تنکحوا أزواجه من بعده أبداً)((۳))، حرمن علی الحسن والحسین (علیهما السلام) بقول الله عز وجل: (ولا تنکحوا ما نکح

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۳۱۶ الباب ۲ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۱۱

۲- الوسائل: ج۱۴ ص۳۱۶ الباب ۲ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۱۲

۳- سوره الأحزاب: الآیه۵۳

نسباً أو رضاعاً

آباؤكم من النساء) ولا يصلح للرجل أن ينكح امرأه جده»((۱)).

وعن دعائم الإسلام، عن علی (علیه السلام)، فی قول الله عز وجل: (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء)((۲)) قال: «إذا نكح الرجل امرأه ثم توفی عنها أو طلقها لم تحل لأحد من ولده، كان دخل بها أو لم يدخل، ولا يتزوج الرجل امرأه جده، هی محرمه علی ولده ما تناسلوا»((۳)).

وعن محمد بن مسلم، عن الباقر (علیه السلام): «يقول الله: (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) فلا يصلح للرجل أن ينكح امرأه جده»((۴)).

إلی غيرها من الروايات.

{نسباً أو رضاعاً} بلا إشكال ولا خلاف فی الرضاع، بل إجماعاً متواتراً.

فعن بريد، عن أبی جعفر (علیه السلام) فی حديث: إن رسول الله (صلی الله علیه وآله وسلم) قال: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»((۵)).

وعن ابن سنان، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، قلت: سمعته يقول: «يحرم من الرضاع ما يحرم من القرابه»((۶)).

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۳۱۳ الباب ۲ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۱
۲- سوره النساء: الآيه ۲۲
۳- المستدرك : ج۲ ص۵۷۴ الباب ۲ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۱
۴- الوسائل: ج۱۴ ص۳۱۳ الباب ۲ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۱
۵- الوسائل: ج۱۴ ص۲۸۱ الباب ۱ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۱
۶- الوسائل: ج۱۴ ص۲۸۱ الباب ۱ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۲

دواماً أو متعه

وعن أبی الصباح، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، إنه سئل عن الرضاع، قال: «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب»((1)).

ونحوه، عن ابن سرحان، عنه (علیه السلام)((2)).

وعن عبید بن زراره، قال: قلت لأبی عبد الله (علیه السلام): إنا أهل بیت کبیر _ إلی أن قال: _ فقال: «ما یحرم من النسب فهو یحرم من الرضاع»((3)).

وعن الحلبی، قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن الرضاع، فقال: «یحرم منه ما یحرم من النسب»((4)).

وفی روایه مسعده، عن الصادق (علیه السلام) فی الإماء المحرمات ما یؤید ذلک((5)).

إلی غیرها من الروایات.

وهناک تفاصیل للرضاع مذکوره فی بابه.

{دوماً أو متعهً} بلا خلاف ولا إشکال، بل إجماعاً، لإطلاق أدله الزوجه والزوج، بل ربما استفید من انقلاب المتعه دواماً إذا لم یذکر المده أنهما حقیقه واحده، ولذا ذکرنا فیما سبق أنه لو شک أنها متعه إلی شهر مثلاً أو دوام، فالأصل

1- الوسائل: ج14 ص281 الباب 1 من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح3
2- الوسائل: ج14 ص281 الباب 1 من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح4
3- الوسائل: ج14 ص281 الباب 1 من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح5
4- الوسائل: ج14 ص282 الباب 1 من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح8
5- الوسائل: ج14 ص517 الباب 19 من أبواب نکاح العبید والإماء ح1

بمجرد العقد، وإن لم يكن دخل، ولا فرق فی الزوجین والأب والابن بین الحر والمملوک.

الاستمرار بعد المده المعلومه.

{بمجرد العقد، وإن لم یکن دخل} بلا خلاف ولا إشکال، بل إجماعاً، وذلک لصدق الأدله وإن لم یدخل، فجعل المستمسک العمده فی المسأله الإجماع، لاحتمال أن یکون النکاح فی (ما نکح آباؤکم) الوطی لا وجه له، بل یمکن استفاده ذلک من بعض أحادیث العامریه والکندیه اللتین طلقهما الرسول (صلی الله علیه وآله وسلم) من دون دخول((۱))، فراجع.

{ولا فرق فی الزوجین والأب والابن بین الحر والمملوک} بلا إشکال ولا خلاف بل إجماعاً، ذلک لإطلاق الأدله.

کما لا ـ فرق بین الکبیر والصغیر، والعاقل والمجنون، وأن یکون العقد بنفسه أو وکیله أو ولیه، أو فضولی إذا أجاز، کل ذلک لإطلاق الأدله کإطلاق الفتاوی.

وهل یشمل قاعده «ألزموهم» و«الإسلام یجب» مقامنا فی الکافر، وفی من لا ـ یری حرمه بعض ما نری حرمته من المذاهب، احتمالا ـ ن، فالأول کما إذا تزوج الکافر زوجه أبیه ثم أسلم، فهل یجب علیه إطلاقها من باب الإطلاقات، أم لا من جهه «الإسلام یجب ما قبله»، لا یبعد الثانی.

أما لزوم إطلاقه أخته أو أمه أو بنته فیما إذا تزوجها فی حال کفره، فهو

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۳۱۴ الباب ۲ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۲

خارج عن القاعده من باب الضروره والإجماع، وكذلك فى باب الرضاع قبل الإسلام.

والحاصل: إن قاعده الجب تشمل كل شىء إلاّ ما علم خروجه قطعاً، وليس ما نحن فيه مما علم خروجه، وإن كان الأحوط الاجتناب.

والثانى: كما إذا كانت زوجه الأب والأب كلاهما مخالفين، وطلقها قبل الدخول مثلًا، وهما لا يريان الحرمه، فهل يشملهما قاعده «ألزموهم» كما تشمل ما إذا طلق بلا شهود أو ما أشبه، حيث يجوز لنا نكاحها من جهه الإطلاق، أم لا، لأنها زوجه الأب، احتمالان، ومقتضى القاعده الجواز، لأنه ليس مما علم خروجه من قاعده الإلزام.

ومنه يعلم حكم العكس، بما إذا كانت زوجه الأب مستبصره، وكان الولد الذى يريد زواجها مخالفاً، ولا يرى بأساً بغير مدخوله الأب.

ص:١٣٥

مسأله ۲ تحرم مملوکه أحدها بالدخول

(مسأله ۲): لا تحرم مملوکه الأب علی الابن وبالعکس مع عدم الدخول وعدم اللمس والنظر، وتحرم مع الدخول

(مسأله ۲): {لا تحرم مملوکه الأب علی الابن وبالعکس مع عدم الدخول وعدم اللمس والنظر} علی المشهور شهره عظیمه، فی الحدائق نفی الخلاف فیه، وعن شرح النافع للسید والریاض الإجماع علیه.

واستدل له فی الجواهر بالأصل، وظهور حصر المحرمات فی غیرهما، ضروره عدم اندراجهما فی حلیله الابن ومنکوحه الأب.

أما قوله سبحانه: (ما نکح آباؤکم) وقوله: (حلائل أبنائکم)((۱)) فهما ظاهران فی الزوجات المنکوحات.

ولأن الحسین (علیه السلام) تزوج ببنت کسری، مع أن الإمام أمیر المؤمنین (علیه السلام) کان من جمله ملاکها عند ماجاؤوا بها أسیره، مع وضوح عدم الفرق بین ملک الأب لکل الأمه أو لبعضها.

{وتحرم مع الدخول} بلا خلاف ولا إشکال، بل قیل بأنه إجماع من المسلمین.

وقد استدل لذلک بالآیتین، وهو وإن لم یکن بعیداً لفهم المناط، إلا أنک قد عرفت الإشکال فی دلالتهما.

وفی خبر موسی بن بکر، عن زراره، قال: قال أبو جعفر (علیه السلام) فی حدیث: «إذا أتی الجاریه وهی حلال فلا تحل تلک الجاریه لابنه ولا لأبیه»((۲)).

۱- سوره النساء: الآیه ۲۳

۲- الوسائل: ج۱۴ ص۳۱۳ الباب ۲ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۲

أو أحد الأمرين إذا كان بشهوه

{أو أحد الأمرين إذا كان بشهوه} من النظر واللمس، وقد نسب هذا القول إلى المشهور، وعن الحلى والمحقق والعلامه وغيرهم الجواز، وعن المفيد وأبى الصلاح وسلار واللمعه حل منظوره الابن على الأب خاصه.

ومستند الأولين: روايات متعارضه، الجمع بينهما يقتضى ترجيح القول الثانى.

أما القول الثالث: فلم يوجد له دليل إلّا اقتصار بعض نصوص المنع على منظوره الأب.

وكيف كان، فمن أدله القول الأول:

صحيح محمد ابن إسماعيل: «إن جردها ونظر إليها بشهوه حرمت على أبيه وابنه»، قلت: إذا نظر إلى جسدها، قال: «إذا نظر إلى فرجها وجسدها بشهوه حرمت عليه»((١)).

ومن أدله القول الثانى: موثق على بن يقطين، عن العبد الصالح (عليه السلام)، عن الرجل يقبل الجاريه يباشرها من غير جماع داخل أو خارج أتحل لابنه أو لأبيه، قال: «لا بأس»((٢)).

ويؤيد الحليه الأخبار الحاصره للإماء المحرمات فى عشره.

والكلام فى المسأله طويل نتركه لقله الابتلاء به فى الحال.

١- الوسائل: ج١۴ ص٣١٧ الباب ٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح١

٢- الوسائل: ج١۴ ص۵٨۵ الباب ٧٧ من أبواب ن ك اح العبيد والإماء ح٣

وكذا لا تحرم المحلله لأحدهما على الآخر إذا لم تكن مدخوله.

{وكـذا لا تحرم المحلله لأحـدهما على الآخر إذا لم تكن مـدخوله} للأصل، أما احتمال أن يكون التحليل بمنزله العقد المحرم، ففيه: إنه لا قطع بالمناط، فهو يشبه الاستحسان.

ص:١٣٨

مسأله ۳ حرمه أم الزوجه وبنتها

(مسأله ۳): تحرم على الزوج أم الزوجه وإن علت، نسباً ورضاعاً مطلقاً

(مسأله ۳): {تحرم على الزوج أم الزوجه وإن علت} كأم أمها وأم أبيها وهكذا، {نسباً} ضروره {ورضاعاً} بلا إشكال، لما دل أنه «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» {مطلقاً} دخل بالبنت، أو لم يدخل، كما هو المشهور شهره عظيمه، وفى الروضه كاد يكون إجماعاً، وعن الغنيه والناصريات الإجماع عليه، خلافاً لابن أبى عقيل فاشترط الحرمه بالدخول كالبنت.

استدل المشهور بقوله سبحانه: (وأمهات نسائكم)((۱))، فإن إطلاقه شامل لما إذا دخل بالبنت أم لا.

وأورد عليه بعدم الدلاله إلّا إذا قلنا بأن المشتق حقيقه فيما انقضى، وإلّا فظاهر الآيه حرمه أم الزوجه فى حال كونها زوجه، فإذا طلقها أو ما أشبه فهى محلله إلّا فيما قام الإجماع على العدم وهى ما إذا دخل بالبنت، أما ما عداها فعلى أصل الإباحه.

كما استدل له بجمله من النصوص، كروايه إسحاق بن عمار، عن جعفر (عليه السلام)، عن أبيه (عليه السلام)، عن على (عليه السلام) فى حديث قال: «والأمهات مبهمات دخل بالبنات أو لم يدخل بهن فحرموا وأبهموا ما حرم الله تعالى»((۲)).

وخبر أبى حمزه، سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن رجل تزوج امرأه ثم طلقها قبل أن يدخل بها، هل تحل له ابنتها، قال: فقال (عليه السلام): «قد قضى فى هذا أمير

۱- سوره النساء: الآيه ۲۳

۲- الوسائل: ج۱۴ ص۳۵۱ الباب ۱۸ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۳

المؤمنین (علیه السلام) إن الله تعالی یقول: (وربائبکم اللاتی فی حجورکم من نسائکم اللاتی دخلتم بهن، فإن لم تکونوا دخلتم بهن فلاجناح علیکم)((۱))، ولو تزوج الابنه ثم طلقها قبل أن یدخل بها لم تحل له أمها»، قال: قلت: ألیس هما سواء، قال: فقال: «لا، لیس هذه مثل هذه، إن الله تعالی یقول: (وأمهات نسائکم)((۲)) ولم یستثن فی هذه، کما اشترط فی تلک، هذه هنا مبهمه لیس فیها شرط، وتلک فیها شرط»((۳)).

وخبر غیاث بن إبراهیم، عن جعفر (علیه السلام)، عن أبیه (علیه السلام)، إن علیاً (علیه السلام) قال: «إذا تزوج الرجل المرأه حرمت علیه ابنتها إذا دخل بالأم، فإذا لم یدخل بالأم فلا بأس أن یتزوج بالابنه، فإذا تزوج بالأبنه فدخل بها أو لم یدخل بها فقد حرمت علیه الأم»، وقال (علیه السلام): «الربائب علیکم حرام کن فی الحجر أو لم یکن»((۴)).

وموثق أبی بصیر، قال: سألته عن رجل تزوج امرأه ثم طلقها قبل أن یدخل بها، فقال (علیه السلام): «یحل له ابنتها ولا تحل له أمها»((۵)).

أما العمانی فاستدل لقوله: ـ بعد الإشکال فی عموم الآیه باحتمال رجوع القید

۱- سوره النساء: الآیه ۲۳

۲- سوره النساء: الآیه ۲۳

۳- العیاشی: ج۱ ص۲۳۰ ح۷۴

۴- الوسائل: ج۱۴ ص۳۵۲ الباب ۱۸ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۴

۵- الوسائل: ج۱۴ ص۳۵۲ الباب ۱۸ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۵

﴿من نسائكم اللاتى دخلتم بهن﴾ إلى الجملتين معاً ــ بجمله من الروايات:

كصحيح جميل بن دراج، وحماد بن عثمان، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «الأم والبنت سواء إذا لم يدخل بها، يعنى إذا تزوج المرأه ثم طلقها، فإنه إن شاء تزوج أمها وإن شاء ابنتها»((۱)).

وفى روايه الفقيه، عن جميل، عنه (عليه السلام): «الأم والبنت فى هذا سواء، إذا لم يدخل بإحداهما حلت له الأخرى»((۲)).

وصحيح منصور بن حازم، قال: كنت عند أبى عبد الله (عليه السلام)، فأتاه رجل فسأله عن رجل تزوج امرأه فماتت قبل أن يدخل بها، أيتزوج بأمها، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): «قد فعله رجل منا فلم ير به بأساً»، فقلت له: جعلت فداك ما تفخر الشيعه إلّا بقضاء على (عليه السلام) فى هذه الشمخيه التى أفتاها ابن مسعود أنه لا بأس بذلك، ثم أتى علياً (عليه السلام)، فقال له على (عليه السلام): «من أين أخذتها» فقال: من قوله الله عزوجل: ﴿وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم﴾ فقال (عليه السلام): «إن هذه مستثناه، وهذه مرسله ﴿وأمهات نسائكم﴾»، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): «أما تسمع ما

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۳۵۵ الباب ۲۰ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۳

۲- الوسائل: ج۱۴ ص۳۶۵ الباب ۲۰ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۶

يروى هـذا عن على (عليه السلام)»، فلما قمت نـدمت، وقلت: أى شـىء صـنعت يقول هو قد فعله رجل منا فلم نر به بأساً، وأقول أنا: قضـى على (عليه السلام)، فلقيته بعد ذلك، فقلت: جعلت فداك مسأله الرجل إنما كان الذى كنت تقول، كان زله منى، فما تقول فيها، فقال: يا شيخ تخبرنى أن علياً (عليه السلام) قضى فيها وتسألنى ما تقول فيها»((١)).

وخبر محمـد بن إسـحاق، قـال: قلت له: رجـل تزوج امرأه ودخـل بها ثم ماتت، أيحل له أن يتزوج أمها، قال: «سـبحان الله كيف يحـل له أن يتزوج أمهـا وقـد دخل بها»، قال: قلت له: فرجل تزوج امرأه فهلكت قبل أن يـدخل بها تحل له أمها، قال: «وما الـذى يحرم عليه منها ولم يدخل بها»((٢)).

وخبر الدعائم فى حديث: «وكذلك الأم إذا وطأ أمها لم يطأها بعدها حره كانت أو مملوكه»((٣)).

وقال الصـدوق فى المقنع: «إذا تزوج البنت فـدخل بها أو لم يدخل فقد حرمت عليه الأم، وروى أن الأم والبنت فى هذا سواء إذا لم يدخل بإحداهما حلت له الأخرى»((٤)).

وقد أجاب المشهور عن روايات الجواز بأمور:

١- الوسائل: ج١۴ ص٣۵۴ الباب ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح١

٢- الوسائل: ج١۴ ص٣۵۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۵

٣- المستدرك : ج٢ ص۵٧٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۴

۴- الوسائل: ج١۶ ص٣۵۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۶

الأول: ما نقله الوسائل عن الشيخ، أن صحيح حماد وجميل مخالف للقرآن، فاللازم ترک العمل به، وفيه: إن الرجوع إلى القرآن إنما يكون بعد تعذر الجمع العرفى، والحال أنه يمكن الجمع بالحمل على الكراهه.

الثانى: حمل أخبار الجواز على التقيه، كما نقله الوسائل عن الشيخ أيضاً، وفيه: بالإضافه إلى أنه بعد تعذر الجمع العرفى، وقد عرفت إمكان الجمع، أن المحكى عن المسالك عدم اعتبار الدخول عن أكثر علماء الإسلام، إلّا أن يقال إن مراده بالتقيه، التقيه على اصطلاح الحدائق، لكن الشيخ قال: لأنه موافق لمذهب بعض العامه.

أما الاستدلال لكونه تقيه بصحيح منصور، فلا يخلو من إشكال، لاضطراب دلاله صحيح منصور كما لا يخفى، فلا يعلم منه أى الحكمين تقيه، أو أن الحكم بالمنع على سبيل الكراهه.

الثالث: ما ذكره الوسائل من أن التفسير فى روايه جميل وحماد ليس من الإمام، بل هو من بعض الروات فليس بحجه، بل هو ممنوع، ثم ذكر بعض المعانى البعيده للحديث.

وفيه أولاً: إنه خلاف الظاهر كما ذكره المستمسک.

وثانياً: إن غيره كاف فى الحجه، إذ ليس دليل الجواز منحصراً بما ذكر.

الرابع: ما عن الشيخ بأن حديث جميل وحماد مضطرب المتن، إذ هما يرويانه تاره عن أبى عبد الله (عليه السلام) بلا واسطه، وأخرى بواسطه الحلبى، وثالثه إن جميلاً

وكذا بنتها وإن نزلت

يرويه مرسلاً عن بعض أصحابه، عن أحدهما (عليهما السلام).

وفيه: إن هذا لا يسمى اضطراباً ولعله وقع كل ذلك.

الخامس: إن هذه الاحاديث خلاف الإجماع المقطوع به، إذ لا يضر مخالفه العمانى فى الإجماع.

أقول: هذا الوجه هو العمده، وهو يكفى فى رد علم الروايات المجوزه إلى أهلها (عليهم السلام).

{وكذا ابنتها} بلا إشكال ولا خلاف، للنص والإجماع، فقد تقدم ذكرها فى الآيه المباركه، وفى نصوص متواتره.

{وإن نزلت} كبنت البنت، وبنت ابن البنت، بلا إشكال ولا خلاف، بل عن آيات الأحكام يعلم الحكم من النصوص والإجماع، لكن فى المستند بعد دعواه الإجماع على ذلك قال: وإن لم يستنبط من الأخبار، ورده المستمسك بأنه لا تبعد دعوى دلاله النصوص المشتمله على التعبير بالبنت _ لقرب عمومها _ للبنت بواسطه.

أقول: المنصرف من البنت بلا واسطه، ولذا إذا قال: أعط هذا لبنتك، أو اخطب أليك بنتك، أو جاء فلان مع بنته، لم يتبادر إلى الذهن إلاّ بنته بلا واسطه، فإذا أعطاه لبنت بنته مثلاً، أو زوجها إياه فى مسأله الخطبه، رأى العرف أنه فعل خلاف ما طلب إليه، لكن مناسبه الحكم والموضوع فى المقام يقتضى التعميم كما يتقضيه فى آيه تحريم البنات.

بشرط الدخول بالأم، سواء كانت فی حجره أم لا،

{بشرط الدخول بالأم} بلا إشكال ولا خلاف، بل تقدم دلاله الکتاب والسنه علی ذلک، بالإضافه إلی الإجماعات المتواتره فی کلماتهم، فإذا لم یدخل بالأم وفارقها بطلاق أو موت أو فسخ أو انقضاء مده المتعه لم تحرم البنت.

والدخول أعم من القبل والدبر، والظاهر عدم الفرق بین أقسام الدخول بأن کان فی حال صغرهما أو صغر أحدهما، أو إکراهاً أو إلجاءً بأن هی أدخلت ذکره فی نفسها، أو غیر ذلک، للإطلاق النص والفتوی، وإن کان یأتی فی بعضها ما ذکرناه سابقاً فی بعض المسائل من جهه حدیث رفع القلم ورفع الإکراه وما أشبه، فتأمل.

{سواء کانت فی حجره أم لا} بلا إشکال ولا خلاف عندنا، بل عن التذکره والمسالک والحدائق وغیرهم الإجماع علیه.

ویدل علیه ما تقدم من الروایات الناصه علی عدم الفرق بین أن تکون فی الحجر أم لا، فالآیه جاریه مجری الغالب، ولعله أتی بهذا القید لزیاده التنفیر، فکیف یتزوج الإنسان من هی فی حجره وبمنزله بنته، لکن فی روایه الدعائم ظهور تفسیر آخر للآیه.

فقد روی عن الصادق (علیه السلام)، قال فی تفسیر الآیه: «هی ابنه امرأته، علیه حرام إذا کان دخل بأمها، فإن لم یکن دخل بأمها فتزویجها له حلال».

وقال (علیه السلام) فی قوله عز وجل: (فی حجورکم) قال: «الحجر الحرمه یقول: اللاتی فی حرمتکم، وذلک مثل قوله: أنعام وحرث حجر، یقول: محرمه»((1)).

۱- المستدرک : ج۲ ص۵۷۸ الباب ۱۸ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۶

وإن كان تولدها بعد خروج الأم عن زوجيته، وكذا تحرم أم المملوكه الموطوءه على الواطى، وإن علت مطلقاً، وبنتها.

أقول: ومنه قوله تعالى: (حجراً محجوراً).

أما خبر محمد بن عبد الله بن جعفر، المروى فى الاحتجاج، عن صاحب الزمان (عليه السلام)، أنه كتب إليه هل يجوز للرجل أن يتزوج بنت امرأته، فقال (عليه السلام): «إن كانت ربيت فى حجره فلا يجوز، وإن لم تكن ربيت فى حجره وكانت أمها فى غير حباله، فقد روى أنه جائز»((۱)).

ففيه: إنه لابد من حملها على التقيه لموافقتها لمذهب داود ومالك، بالإضافه إلى ضعف السند.

{وإن كان تولدها بعد خروج الأم عن زوجيته} لإطلاق النص والفتوى، وقد تقدم جمله من النصوص الداله على الإطلاق.

{وكذا تحرم أم المملوكه الموطوءه على الواطى، وإن علت مطلقاً، وبنتها} وإن نزلت، بلا إشكال ولا خلاف، بل دعوى الإجماع عليه مستفيضه، ويدل عليه جمله من الروايات.

كصحيحه محمد بن مسلم، عن أحدهما (عليهما السلام) قال: سألته عن رجل كانت له جاريه وكان يأتيها فباعها فأعتقت وتزوجت فولدت ابنه، هل تصلح ابنتها لمولاها الأول، قال: «هى عليه حرام وهى ابنته، والحره والمملوكه فى هذا سواء»((۲)).

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۳۵۱ الباب ۲۱ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۷
۲- الوسائل: ج۱۴ ص۳۵۱ الباب ۲۱ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۶

وصحیح الحسین بن سعید، قال: کتبت إلی أبی الحسن (علیه السلام): رجل له أمه یطأها فماتت أو باعها ثم أصاب بعد ذلک أمها، هل له أن ینکحها، فکتب (علیه السلام): «لا تحل له»((۱)).

ومرسل جمیل، عن بعض أصحابه، عن أحدهما (علیهما السلام)، فی رجل کانت له جاریه فوطأها ثم اشتری أمها أو بنتها، قال علیه السلام: «لا تحل له»((۲)).

وروایه رزین، عن أبی جعفر (علیه السلام)، فی رجل کانت له جاریه فوطأها ثم اشتری أمها وبنتها، قال: «لا تحل له، الأم والبنت سواء»((۳)).

وروایه الحسین بن بشر، قال: سألته عن الرجل تکون له الجاریه ولها ابنه فیقع علیها، أیصلح له أن یقع علی ابنتها، فقال (علیه السلام): «أینکح الرجل الصالح ابنته»((۴)).

إلی غیرها من الروایات الکثیره التی إطلاقها ومناطها یشمل ما إذا کانت الزوجه حره والأم والبنت جاریتین، أو الموطوءه جاریه وأمها وبنتها حرتین، وکذلک یشمل ما إذا کانت الموطوءه بالتحلیل أو بالدام أو بالمتعه، والأم والبنت بلون آخر من ألوان الحلیه الذاتیه التی حرمت بواسطه وطی الأم أو البنت.

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۳۵۸ الباب ۲۱ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۷

۲- الوسائل: ج۱۴ ص۳۵۹ الباب ۲۱ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۸

۳- الوسائل: ج۱۴ ص۳۶۰ الباب ۲۱ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۱۴

۴- الوسائل: ج۱۴ ص۳۵۷ الباب ۲۱ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۲

نعم فی بعض الروایات ما ینافی ذلک، مثل روایه رزین، عن أبی جعفر (علیه السلام)، قال: قلت له: تکون عندی الأمه فأطأها ثم تموت أو تخرج عن ملکی، فأصیب ابنتها أیحل لی أن أطأها، قال (علیه السلام): «نعم لا بأس به، إنما حرم ذلک من الحرائر، فأما الإماء فلا بأس به»((1)).

وقد ردها الشیخ بأنه شاذ نادر لم یرده غیر بیاع الأنماط مع أنه روی ما یناقضه کما مر.

وقال فی الوسائل: یمکن کون الضمیر فی وطئها راجعاً إلی الأم، یعنی: وإن ملک البنت تحل له الأم واستدامه ملک البنت، بخلاف الحرائر، قال: ویحتمل التقیه((2)).

أقول: الروایه لیست منحصره بروایه رزین، وکونها تقیه بحاجه إلی التتبع، وحمل الوسائل خلاف الظاهر، لکن التعارض بین الطائفتین بما لا یمکن الجمع العرفی بینهما یدخلهما فی باب التراجیح، ولا شک أن الروایات المانعه هی المشهوره، فلا یجوز العمل بغیرها.

ولعله إلی هذا أشار المستمسک حیث قال: (لا مجال للعمل بما دل علی الجواز بعد دعوی الإجماع علی خلافها).

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۳۶۰ الباب ۲۱ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۱۶
۲- الوسائل: ج۱۴ ص۳۶۰ الباب ۲۱ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۱۶ ذیل الحدیث

مسأله ۴ أقسام الدخول

(مسأله ۴): لا فرق فی الـدخول بین القبل والـدبر، وتکفی الحشـفه أو مقـدارها، ولا یکفی الإنزال علی فرجها من غیر دخول وإن حبلت به

(مسأله ۴): {لا فرق فی الـدخول بین القبل والـدبر} کما هو المشـهور، ویدل علیه قوله (علیه السـلام): «هو أحد المأتیین»، وغیره مما تقدم فی بعض المباحث السابقه.

ومنه یعلم أن قول کشف اللثام: یحتمـل العـدم لتبـادر القبـل، وانتفـاء الإحصـان فی الـدبر، ممنوع، إذ التبادر لو کان فهو بـدوی، والکلام فی الإحصان مربوط بغیر المقام.

{ویکفی الحشـفه أو مقـدارها} لاـ إشـکال فی ذلک ولا خلاف، فلا یشترط إدخال الکل، وإنما الکلام فی احتمال کفایه بعض الحشـفه لصـدق الـدخول، لکن فیه: إن تبادر وحـده المقامات بعد ما ورد من النصوص فی العده والمهر والغسل بالتقاء الختانین کـاف فی المقـام، فلاـ حاجه إلی ما ذکره المسـتمسک من أن العمـده الإجماع إن تم حتی یقال: إن الإجماع المحتمل الاسـتناد لیس بحجه، فإطلاق الدخول محکم.

{ولاـ یکفی الإـنزال علی فرجهـا من غیر دخول} لأن المناط الـدخول، کما فی النص والفتوی، فهو إن حصل حرم وإن لم ینزل، وإن لم یحصل لم یحرم وإن أنزل.

{وإن حبلت به} فإنه یمکن ذلک، کما فی النص والفتوی.

{أما إذا أدخل بغلاف، فإن کان الغلاف بحیث یمنع من صدق الدخول، کما

وكذا لا فرق بين أن يكون فى حال اليقظه أو النوم، اختياراً أو جبراً منه أو منها.

إذا كان فى زجاج مثلاً ـ فلا ـ يوجب التحريم، كما لا يوجب سائر أحكام الدخول، وقد ذكرنا ذلك فى باب الصوم، أما إذا لم يمنع الصدق فإنه يوجب التحريم.

{وكذا لا فرق بين أن يكون فى حال اليقظه أو النوم}، هذا مبنى على عدم انصراف الإدخال فى حال التكليف من الآيه والروايه، وعلى عدم ورود دليل الرفع على الإطلاق، وإلا أشكل التحريم بذلك.

ومنه يعلم الحال فى قوله: {أو جبراً منه أو منها}، وكذلك إذا أدخل وهو طفل أو مجنون، أو مضطر، أو أدخل وهى ميته، إلى غير ذلك مما تقدم أمثاله فى باب وطى الغلام.

ولو شك فى أنه حصل الدخول أم لا، فالأصل العدم.

ولوشك فى أنه هل دخل مقدار الحشفه، فالأصل العدم.

ولو شك أن هذه التى يريد تزويجها بنت الموطوءه أو أمها أم لا، فالأصل العدم، لأن النسب إنما يثبت بالدليل، كما ذكروا فى باب الشك فى القرشيه من مسائل الحيض، وقد تقدم الكلام حوله فى كتاب الطهاره، وذكرنا هناك وفى مواضع أخر أن الأصل إنما يجرى إذا فحص ولم يظفر بشىء.

ولو شك هل أنها ابنه أو أم الموطوءه أم لا، فإن كان على نحو العلم الإجمالى، وكان كل طرف محل الابتلاء وجب الاجتناب، وإلا بأن كان غير محصور، أو محصوراً بدون

الابتلاء بكل الأطراف جاز، كما حقق فى محله.

ثم إن المحرم على كليهما الواطى والطرف، وهو المراد من زواجه من الأم والبنت كما هو واضح.

ص:١٥١

مسأله ۵ عدم جواز وطی مملوکه الأب والابن

(مسأله ۵): لا یجوز لکل من الأب والابن وطی مملوکه الآخر من غیر عقد ولا تحلیل

(مسأله ۵): {لا یجوز لکل من الأب والابن} فضلاً عن غیرهما، أی تصرف فی مملوکه الآخر من التصرفات غیر الشهویه بل الشهویه، لحرمه التصرف فی مال الغیر بغیر إذنه، بله لا یجوز لأحدهما النظر المحرم إلی مملوکه الآخر، فضلاً عن {وطی مملوکه الآخر من غیر عقد ولا تحلیل}، وذلک بلا خلاف ولا إشکال، کما یظهر من إرسالهم المسأله إرسال المسلّمات، بل ادعی الریاض الإجماع علیه.

وأما صحیح ابن مسلم، عن أبی جعفر (علیه السلام) قال: فی کتاب علی (علیه السلام): «إن الولد لا یأخذ من مال والده شیئاً، ویأخذ الوالد من مال ولده ما شاء، وله أن یقع علی جاریه ابنه إن لم یکن الابن وقع علیها، وذکر أن رسول الله (صلی الله علیه وآله وسلم) قال لرجل: أنت ومالک لأبیک»((۱)).

فاللازم حمله علی الحکم الأخلاقی بإلزام الابن أخلاقیاً رضی بالأمرین، الأخذ من ماله ووطی جاریته، بقرینه ذیل الروایه، فإن المراد بالملک ما ذکره سبحانه ﴿یهب لمن یشاء إناثاً﴾، وإلا فمن الواضح عند المتشرعه بل ضروره أن الولد لیس ملکاً.

وهذا التأویل أقرب من القول الذی ذکره بعضهم من حمله

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۵۴۵ الباب ۴۰ من أبواب ن ک اح العبید ح۶

وإن لم تكن مدخوله له، وإلا كان زانياً.

على صوره التقويم، وقد تقدم الكلام فى هذه المسأله فى كتاب الحج من هذا الشرح فراجع.

ومثل الابن البنت، كما أن مثلهما الحفيد، ومثل الأب الجد، لوحده الدليل فى الكل.

{وإن لم تكن مدخوله له، وإلا كان زانياً} بلا إشكال ولا خلاف، كما يظهر من كلماتهم، وقد ذكره الجواهر وقرره المستمسك.

وكذا لا يجوز للولد وطى مملوكه الأم، بل وكذا لا يحق للأم التزويج بمملوك الولد دون رضى الولد، لأن العبد لا يملك نفسه، والنكاح شيء كما قال (عليه السلام): «أ فشيء الطلاق»((1))، حيث قال سبحانه: (لا يقدر على شيء)((2)).

۱- التهذيب: ج۷ ص۳۴۷ ح۵
۲- سوره النحل: الآيه ۷۵

مسأله ۶ تقویم الأب مملوکه الإبن

(مسأله ۶): یجوز للأب أن یقوم مملوکه ابنه الصغیر علی نفسه ووطؤها

(مسأله ۶): {یجوز للأب أن یقوّم مملوکه ابنه} أو بنته، بل لا یبعد ذلک بالنسبه إلی الجد والحفید للمناط، بعد أن کان حکم الأب والجد واحد فی باب الولایه {علی نفسه، ووطؤها} أو الاستمتاع منها بسائر الاستمتاعات، أو التصرف فیها بسائر التصرفات.

وفی أصل المسأله لا خلاف ولا إشکال، بل فی الجواهر الإجماع بقسمیه علیه.

ویدل علیه جمله من الروایات:

مثل صحیح الکنانی، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، عن رجل یکون لبعض ولده جاریه وولده صغار، هل یصلح له أن یطأها، فقال (علیه السلام): «یقومها قیمه عدل، ثم یأخذها ویکون لولده علیه ثمنها»((۱)).

ومثله غیره، لکن بشرط أن یعلم بأن الولد لم یطأها، کما إذا کانت الجاریه للبنت، أو علم ذلک من الخارج.

ففی خبر حسن بن صدقه، عن أبی الحسن (علیه السلام): «إذا اشتریت أنت لابنتک جاریه أو لابنک وکان الابن صغیراً ولم یطأها، حل لک أن تقبضها فتنکحها، وإلا فلا إلاّ بإذنهما»((۲)).

ولا یبعد أن یکون المناط آتیاً فیما إذا قبضها لنفسه، أن یبیعها أو یحللها أیضاً.

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۳۴۳ الباب ۴۰ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۱

۲- الوسائل: ج۱۴ ص۳۲۱ الباب ۵ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۲

والظاهر إلحاق الجد بالأب، والبنت بالابن، وإن كان الأحوط خلافه، ولا يعتبر إجراء صيغه البيع أو نحوه وإن كان أحوط، وكذا لا يعتبر كونه مصلحه للصبى

{والظاهر إلحاق الجد بالأب} كما ذكره غير واحد، وقواه الجواهر، وإن أشكل فيه بعضهم، وقد تقدم وجه الإلحاق، {والبنت بالابن} كما عرفت، {وإن كان الأحوط خلافه} لأن الحكم على خلاف القاعده فيقتصر فيه على مورد النص.

{ولا يعتبر إجراء صيغه البيع ونحوه} لأن النص لم يذكر ذلك، بل ظاهر قوله (عليه السلام): «يقومها على نفسه» إنجاز ذلك ولو كان فى نفسه بدون لفظ، واحتمال انصراف التقويم إلى الاشتراء فيكون هو بائعاً ولايةً ومشترياً أصاله، لا يضر بعد عدم ضرر الاحتمال بالاستدلال بالظاهر.

وهذا هو الذى اختاره المستمسك وغير واحد من المعلقين الساكتين على المتن.

{وإن كان أحوط} خروجاً عن خلاف من أوجب، بادعاء الانصراف ونحوه، واختاره جامع المقاصد والجواهر وآخرون، بل عن الأول دعوى عدم الخلاف فيه، لكنه كما ترى.

{وكذا لا يعتبر كونه مصلحه للصبى} لإطلاق النص، واشتراطه آخرون لقوله سبحانه: (ولا تقربوا مال اليتيم إلاّ بالتى هى أحسن)((١))، والمناط آت فى غير اليتيم، وفيه: إنه لا قطع بالمناط.

١- سوره الأنعام: الآيه ١٥٢

نعم یعتبر عدم المفسده، وکذا لا یعتبر الملاءه فی الأب وإن کان أحوط.

{نعم یعتبر عدم المفسده} لانصراف النص عن صوره المفسده، بل عن الریاض دعوی الإجماع علیه، لکن ربما قیل: بالفرق بین المفسده المحرمه فلا یجوز، وبین غیر المحرمه فتجوز، لقوله (صلی الله علیه وآله وسلم): «أنت ومالک لأبیک»، وهذا غیر بعید، لعدم تسلیم انصراف النص عن مثله.

{وکذا لا یعتبر الملاءه فی الأب} للأصل والإطلاق، ولأنه یمکن أن یردها علیه بمقابل القیمه، {وإن کان أحوط} لما دل علی اعتبار الملاءه فی الاتجار بمال الیتیم، وللآیه المتقدمه، وقد عرفت أن المناط غیر معلوم، بل معلوم العدم.

أما احتمال اشتراط أن لا یکون الأب أو الولد عبداً، لأن تصرف العبد فی نفسه، والتصرف فی مال العبد لا یجوز إلاّ بإجازه السید، فهو خارج عن محل الکلام، وإن کان ذلک لازماً فی نفسه، فلو فعل بدون الإجازه لزم الإجازه، کما قال (علیه السلام): «لم یعص الله، وإنما عصی سیده»((1)).

وکذا هل یشترط عدم احتمال أن لا یبالی الولد فیما بعد بعمل الأب، فینکحها حراماً، الظاهر لا، للإطلاق، وأنه مثل منع تزویج الأب بامرأه یحتمل أن یتزوجها بعده ولده.

1- الوسائل: ج14 ص523 الباب من أبواب ن ک اح العبید ح1

مسأله ۷ زنا الابن بمملوكه الأب

(مسأله ۷): إذا زنی الابن بمملوکه الأب حد، وأما إذا زنی الأب بمملوکه الابن فالمشهور عدم الحد علیه، وفیه إشکال.

(مسأله ۷): {إذا زنی الابن بمملوکه الأب حد} بلا إشکال ولا خلاف، وذلک لإطلاق الأدله، بل الحد هنا أشد باعتبارها محرماً للولد، فإن جواری الآباء محارم للأبناء وبالعکس، لأنهن بمنزله الأمهات وحلائل الأبناء.

{وأما إذا زنی الأب بمملوکه الابن فالمشهور عدم الحد علیه}، بل فی الجواهر وعن جامع المقاصد عدم الخلاف فیه، لکن عن المسالک فی أواخر حد السارق أن الأب لو زنی بجاریه الابن حد.

{وفیه إشکال} إذ الحکم خلاف الإطلاقات، خصوصاً إذا کان الولد یدخل بها فإنها ذات محرم للأب، فاللازم أن یکون الحکم فیه أشد، ولم أجد دلیلاً للمشهور إلاّ ما عن المسالک مما ظاهره وجود النص فیه، لکن فی المستمسک: لم أعثر علیه ولا علی من أشار إلیه سواه.

نعم، من المستبعد جداً أن أعاظم الفقهاء یفتون بمثل هذه الفتیا بدون وجود نص معتبر، ولعله یکفی فی کونه شبهه تدرء بسببها الحدود، فإن الشبهه شامله لشبهه الفاعل کشمولها لشبهه الفقیه، لکن ینبغی عدم الإشکال فی لزوم تأدیبه، لأن العمل حرام، خصوصاً إذا کانت مدخوله.

ص:۱۵۷

مسأله ۸ وطی أحدهما مملوکه الآخر

(مسأله ۸): إذا وطأ أحـدهما مملوکه الآخر شـبهه لم یحد، ولکن علیه مهر المثل، ولو حبلت فإن کان الواطی هو الابن عتق الولد قهراً،

(مسأله ۸): {إذا وطأ أحدهما مملوکه الآخر شبهه لم یحد} لأن «الحدود تدرء بالشبهات»((۱))، من غیر فرق أن تکون الشبهه فی الموضوع کما لو ظن أنها جاریته، أو فی الحکم کما إذا ظن جواز ذلک علیه، وتفصیل الکلام فی الشبهه فی کتاب الحدود.

{ولکن علیه مهر المثـل} ودیه البکـاره إن کـانت بکراً، لمـا استحل من فرجهـا، ولما ثبت من الـدیه علی البکاره، لکن إذا کان الوطی بسـبب العقد شبهه فعلیه أقل الأمرین من المسمی والمثل، لما سبق فی بعض المسائل من أن المرأه لو دخلت علی أقل من مهر مثلها لم یکن لها أزید من ذلک، اللهم إلّا أن یقال: إن المهر للمولی، علی القول بعدم ملک العبد، فلا حق لها فی إسقاط ما للمولی من زیاده المثل علی المسمی، أو یقال: إنه حتی علی أن العبد یملک لا یحق لها إسقاط حقها، لأنه شیء، والعبد لا یقدر علی شیء.

{ولو حبلت} الأمه والحال هذا {فإن کان الواطی هو الابن عتق الولد قهراً} کما عن الفاضلین والشهید والمحقق الثانیین، وذلک لأنه لو بقی رقاً کان ملکاً لمالک الأمه، وهو جده، والإنسان لا یملک ولده وإن نزل، ذکراً کان أو أنثی، وإلیه أشار

ص:۱۵۸

۱- المستدرک : ج۳ ص۲۱۹ الباب ۲۱ من أبواب مقدمات الحدود ح۴

مطلقاً، وإن كان الأب لم ينعتق، إلّا إذا كان أنثى، نعم يجب على الأب فكه إن كان ذكراً.

بقوله: {مطلقاً}، إذ هو فى قبال قوله: {وإن كان} الواطى {الأب} لجاريه ابنه {لم ينعتق} الولـد من حيث النسب، وإن انعتق من حيث تبعيه الابن لأشرف الأبوين فى باب الحريه والرقيه، كما ذكروه فى بابه، ولذا أشكل عليه المستمسك لإطلاقه عدم العتق.

{إلاـ إذا كـان أنثى}، أمـا أنه لاـ ينعتق إذا كـان ذكراً فلأنه لو بقى رقاً كان ملكاً لمالك الأمه وهو أخوه، ولا مانع من أن يملك الرجل أخاه.

وأمـا أنه ينعتق إذا كـان أنثى فلأـن الرجـل كمـا لاـ يملك عموديه (الآباء وإن علوا، والأولاد وإن نزلوا) لا يملك محارمه، ومنها الأخت، وحيث لا تكون الأنثى مملوكه لمالك كانت حراً قهراً، إذ لا فاصل بين الأمرين.

{نعم يجب على الأب فكه إن كان ذكراً} للنصوص الداله على ذلك.

وحيث إن البحث غير مرتبط بهذا الباب مع قله فائدته فى الحال الحاضر، تركنا تفصيل الكلام فيه وفى أدلته.

ص:١٥٩

مسأله ۹ النكاح على العمه والخاله

(مسأله ۹): لا يجوز نكاح بنت الأخ أو الأخت على العمه والخاله إلّا بإذنهما،

(مسأله ۹): {لا يجوز نكاح بنت الأخ أو الأخت على العمه والخاله إلّا بإذنهما} على المشهور شهره عظيمه، بل عن غير واحد دعوى الإجماع عليه، بل في الجواهر إن عليه الإجماع مستفيضاً أو متواتراً.

خلافاً للإسكافي والعماني فأجازا ذلك، وللمقنع الذي منع ذلك مطلقاً حتى مع الإجازه، فيما يحكى عن كلامهم.

ومقتضى القاعده مع المشهور، للنصوص الكثيره الداله على ذلك.

كموثق محمد بن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: «لا تتزوج ابنه الأخ ولا ابنه الأخت على العمه ولا على الخاله إلّا بإذنهما، وتزوج العمه والخاله على ابنه الأخ وابنه الأخت بغير إذنهما»((۱)).

وخبر أبي عبيده الحذاء قال: سمعت أبا جعفر (عليه السلام) يقول: «لا تنكح المرأه على عمتها، ولا على خالتها، إلّا بإذن العمه والخاله» ((۲)).

وعن السكوني، عن جعفر (عليه السلام)، عن أبيه (عليه السلام): «إن علياً (عليه السلام) أتى برجل تزوج امرأه على خالتها فجلده وفرق بينهما»((۳)).

أقول: الظاهر أن الجلد كان لأجل فعله الحرام، حيث كان الزواج بدون رضا الخاله، ولا حاجه إلى حمله على التقيه كما فعله بعض الفقهاء، وإن كان ربما يقال:

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۳۷۵ الباب ۳۰ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۱
۲- الوسائل: ج۱۴ ص۳۷۵ الباب ۳۰ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۲
۳- الوسائل: ج۱۴ ص۳۷۶ الباب ۳۰ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۴

إنه إن علم كان حكمه الرجم لأنه زنا محصن، وإن كان لا يعلم فإن الحـدود تـدرأ بالشـبهات، ولـم يكن حكمه الجلد، فلابد من حمله على التقيه، فتأمل.

وعن الكنانى، عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: «لا يحل للرجل أن يجمع بين المرأه وعمتها، ولا بين المرأه وخالتها»((١)).

وعن أبى عبيـده، عن الصـادق (عليه السـلام)، قال: «لا يحل للرجل أن يجمع بين المرأه وعمتها، ولا بين المرأه وخالتها، ولا على أختها من الرضاعه»((٢)).

وعن مالك بن عطيه، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «لا تزوج المرأه على خالتها، وتزوج الخاله على ابنه أختها»((٣)).

وعن محمد بن مسـلم، عن أبى جعفر (عليه السـلام)، قال: «إنما نهى رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) عن تزويج المرأه على عمتها وخالتها، إجلالاً للعمه والخاله، فإذا أذنت فى ذلك فلا بأس»((۴)).

إلى غيرها من الروايات.

فإن متقضى الجمع بين هذه الروايات الجواز مع الإذن، والمنع بدونه، حملاً للمطلق على المقيد.

ومنه يعلم أن القول بالمنع مطلقاً خلاف الروايات المجوزه مع الإذن.

١- الوسائل: ج١۴ ص٣٧۶ الباب ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح٧

٢- الوسائل: ج١۴ ص٣٧۶ الباب ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح٨

٣- الوسائل: ج١۴ ص٣٧٧ الباب ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح٩

۴- الوسائل: ج١۴ ص٣٧٧ الباب ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح١٠

من غير فرق بين الدوام والانقطاع

كما أن خبر علي بن جعفر (عليهما السلام) قال: سألت أخي (عليه السلام) عن رجل يتزوج المرأه على عمتها أو خالتها، قال: «لا بأس، لأن الله عز وجل قال: (وأحل لكم ما وراء ذلكم)([1])»([2])، الذي استدل به من قال بالجواز مطلقاً، خلاف الروايات الداله على المنع بدون الإذن، مما يوجب حمل خبر علي بن جعفر (عليهما السلام) على صوره الإذن.

ثم الظاهر أنه يأتي في المقام ما ذكرناه مكرراً من أن المرأه لو كانت مخالفاً مذهبها الجواز، أو كانت كتابيه دينها الجواز، لم يحتج الرجل إلى الإذن، لقاعده «ألزموهم بما التزموا به» فرضاها الناشي عن إجازه دينها ــ ولو بدون الرضا ــ كاف.

نعم إذا لم تأذن لم يكن للرجل الزواج، لأن الحكم معلق على الرضا الشخصي، فهو حق لها، فتأمل.

{من غير فرق بين الدوام والانقطاع} للإطلاق، واحتمال الانصراف إلى الدوام بدوي، خصوصاً بعد قوله (عليه السلام): «إجلالاً للعمه والخاله».

نعم الظاهر أنه لا يأتي ذلك فيما إذا كانت بعنوان ملك اليمين أو التحليل، لأنه لا قطع بالمناط بعد أن كان اللفظ الزواج الظاهر في غيرهما، فتأمل.

١- سوره النساء: الآيه ٢٤

٢- الوسائل: ج١٤ ص٣٧٧ الباب ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح١١

ولا بین علم العمه والخاله وجهلهما، ویجوز العکس وإن کانت العمه والخاله جاهلتین بالحال علی الأقوی.

{ولا بین علم العمه والخاله وجهلهما} للإطلاق.

{ویجوز العکس} بلا إشکال ولا خلاف إلّا عن المقنع فأطلق المنع، بل عن الذکره الإجماع علیه.

ویدل علیه بعض الروایات السابقه المقدمه علی دلیل المقنع الذی استدل له، وهو خبر الکنانی المتقدم: «لا یحل للرجل أن یجمع بین المرأه وعمتها، ولا بین المرأه وخالتها»، وإنما قلنا بالتقدم لأنه مطلق لابد أن یقید بالمقیدات.

{وإن کانت العمه والخاله جاهلتین بالحال علی الأقوی} کما هو المشهور، بل لم یعرف الخلاف إلّا عن المسالک، حیث قال فیما حکاه عنه الجواهر: یشترط علم الداخله بکون المدخول علیها زوجته وإلا لم یصح، ولم یعرف له وجه ظاهر إلّا التوهم فیما رواه من خبر محمد بن مسلم، عن الباقر (علیه السلام) قال: «لا تزوج الخاله والعمه علی بنت الأخ وابنه الأخت بغیر إذنهما»([1]).

وفیه: إن الروایه حسب ضبط الکتب الصحیحه «تزوج الخاله...».

ومنه یعلم الإشکال فی کلام القواعد، حیث قال: الأقرب أن للعمه والخاله فسخ عقدهما لو جهلتا لا المدخول علیها، وکأنه لما عن کشف اللثام من عدم الفرق فی الاحترام بین التقدم والتأخر، لکن فیه: إنه اجتهاد فی مقابل النص.

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۳۷۶ الباب ۳۰ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۵

مسأله ۱۰ الجمع بين العمه والخاله

(مسأله ۱۰): الظاهر عـدم الفرق بين الصـغيرتين والكبيرتين والمختلفتين، ولا بين اطلاع العمه والخاله على ذلك وعدم اطلاعهما أبداً، ولا بين كون مده الانقطاع قصيرةً ولو ساعه، أو طويله،

(مسأله ۱۰): {الظـاهر عـدم الفرق بين الصـغيرتين والكبرتين والمختلفتين} لإطلاـق الأـدله، واحتمال الانصـراف إلى ما لو كانت العمه والخاله كبيره لمكان (إذنهما) فى النص الـذى لا يحصل من الصـغيره ممنوع، إذ هو بـدوى، مثل احتمال أن ذلك فيما إذا أمكن إذنهما، لا ما إذا لم يكن لإغماء دائم أو سفر طويل أو ما أشبه.

ثم إنه لاـ إشـكال فى عـدم كفـايه غير المميزه، أمـا المميزه غير البـالغه فهـل يكفى إذنهـا للإطلاق، أم لا لأن عمـد الصبى خطأ، احتمالان، والثانى أحوط، وإن كان الأول غير بعيد، لكن الأقرب كون الإذن حينئذ بيد الولى كما سيأتى.

{ولا بين اطلاع العمه والخاله على ذلك، وعـدم اطلاعهما أبـداً} للإطلاق، واحتمال تقيـد المنع بالاطلاع، لأن المنع لأجل عـدم أذيتهما ــ كما يستفاد عرفاً من النصوص ــ وهى لا تحصل فى صوره عدم الاطلاع، مردود بأن الاحتمال لا يدفع الإطلاق.

{ولاـ بين كون مـده الانقطـاع قصـيره ولوسـاعه، أو طويله} للإطلاق، واحتمال الانصـراف إلى الطويله فلا يضـر القصـيره فيه إنه بدوى.

ص:۱۶۴

على إشكال فى بعض هذه الصور، لإمكان دعوى انصراف الأخبار.

{على إشكال فى بعض هـذه الصور، لإمكان دعوى انصـراف الأخبار}، لكن فيه ما عرفت، ولـذا قوى التعميم السـيدان ابن العم والبروجردى.

وقال فى المستمسک: الانصراف بدوى لا يعول عليه فى رفع اليد عن الإطلاق.

ص:۱۶۵

مسأله ۱۱ حکم اقتران العقدین

(مسأله ۱۱): الظاهر أن حکم اقتران العقدین حکم سبق العمه والخاله.

(مسأله ۱۱): {الظاهر أن حکم اقتران العقدین حکم سبق العمه والخاله} فی احتیاج صحه عقد بنت الأخ وبنت الأخت علی رضاهما، وإلا صح عقد العمه والخاله وبطل عقد البنتین.

واستدل لذلک بإطلاق روایتی الکنانی وأبی عبیده، بل بالتعلیل فی الروایه الثانیه لمحمد بن مسلم، ویؤید ذلک ما دل علی صحه عقد الحره وبطلان عقد الأمه لو جمعهما فی عقد واحد، کما ورد فی الخبر الصحیح، لوحده الملاک فی المقامین.

خلافاً لمن یقول بصحه عقدهما، لأن الممنوع فی غالب الروایات إدخال البنتین علی العمه والخاله، والجمع فی عقد واحد لیس من الإدخال، والعله فی الروایه الثالثه إنما هی من باب الحکمه کما هو واضح.

أما الروایتان، ففی المستمسک رمی إحداهما بالضعف، لکن الروایه الثانیه لیست ضعیفه فیمکن الاعتماد علیها، وعلیه فالإشکال فی الاقتران الموجب لبطلان عقد بنت الأخ وبنت الأخت إلّا برضاهما هو مقتضی القاعده.

ص:۱۶۶

مسأله ۱۲ عدم الفرق بین المسلمتین و الکافرتین

(مسأله ۱۲): لا فرق بین المسلمتین والکافرتین والمختلفتین.

(مسأله ۱۲): {لا فرق بین المسلمتین والکافرتین والمختلفتین} لإطلاق الأدله، وقد تقدم الإشکال فی قاعده «ألزموهم» فإنها لا تشمل المقام، واحتمال عدم شمول الأدله لما إذا کانت العمه والخاله کافره من جهه أن الحکم لأجل الاحترام، ولا احترام لهما، یرد علیه:

أولاً: إن الذمیه محترمه.

وثانیا: بأن الاحترام حکمه ولیست بعله.

نعم إذا کان الکافر تزوج بکافرتین حیث دینه لا یشترط ذلک فأسلم، فالظاهر بقاء نکاح البنتین وإن لم ترضیا، لأن وحده حکم الاستدامه للابتداء لا ـ یدل علیه إلاّ ـ المناط، وهو لیس بمقطوع به، من غیر فرق بین أن تسلما أو تبقیا علی کفرهما أو تسلم إحداهما.

ص:۱۶۷

مسأله ۱۳ عدم الفرق فی العالی والدانی

(مسأله ۱۳): لا فرق فی العمه والخاله بین الدنیا منهما والعلیا.

(مسأله ۱۳): {لا فرق فی العمه والخاله بین الدنیا منهما والعلیا} کما عن الشیخ فی بعض کتبه، وتبعه غیر واحد، لکن عن القواعد وغیره الإشکال فیه.

استدل الأولون: بالاشتراک فی العله، وصدق العمه والخاله وبنت الأخ وبنت الأخت.

نعم فی الجواهر احتمال الصدق، وهو غیر حسن، إذ الاحتمال لا یصح مستنداً للفتوی، وإنما یکون مستنداً للاحتیاط.

واستدل للثانی: بالأصل بعد انصراف الدنیا منهما، وهذا القول وإن کان أقرب، خصوصاً فیما إذا کانت عمه الجده من الأم مثلًا أو ما أشبه ذلک، إلّا أن القول الأول أحوط.

ص:۱۶۸

مسأله ۱۴ هل یکفی الرضا الباطنی

(مسأله ۱۴): فی کفایه الرضا الباطنی منهما من دون إظهاره، وعدمها وکون اللازم إظهاره بالإذن قولاً أو فعلًا، وجهان.

(مسأله ۱۴): {فی کفایه الرضا الباطنی منهما دون إظهاره} بقول أو فعل، کما أن لو ذهبت هی وخطبتها لتکون مساعده لها فی إداره البیت.

{وعدمها وکون اللازم إظهاره بالإذن قولاً أو فعلًا، وجهان} الظاهر الثانی، لأن فی النصوص ذکر الإذن، وما فی روایه ابن جعفر من ذکر الرضا، یراد به الرضا الذی له مظهر، فإنه مقتضی الجمع العرفی، کما فی قوله تعالی: ﴿إلا أن تکون تجاره عن تراض منکم﴾([۱]).

ثم الإذن لا یلزم أن یکون عن رضی قلبی واقعاً، فإذا أذنت ثم قالت: إنی لم أکن راضیاً، لم یسمع کلامها، کما فی سائر أبواب العقود والإیقاعات.

نعم لو علمنا أن الإذن اللفظی لا یطابق رضی القلب لم ینفع، إذ الظاهر من (الإذن) فی النص والفتوی ما کان صادراً عن القلب.

أما إذا کان الإکراه بحیث یصح معه المعامله، کما إذا قال لها: إن لم تأذنی طلقتک، فأجازت تفادیاً عن الطلاق جاز، لأنه لیس من الإکراه الرافع للحکم، کما فی کل مورد یکره المکرِه المکرَه بإکراه له علی الحق فی هذا العمل الذی یتفادیه المکره، وتفصیل ذلک فی باب الإکراه من المکاسب.

والظاهر أنه لا یسقط حقها فی اعتبار إذنها مع نشوزها، إذ لا دلیل علی أن النشوز یسقط حقها، وقیاسه بالنفقه مع الفارق، فإطلاق دلیل الاحتیاج إلی الإذن شامل للمقام.

۱- سوره النساء: الآیه ۲۹

مسأله ١٥ لو أذنت ثم رجعت

(مسأله ١٥): إذا أذنت ثم رجعت ولم يبلغه الخبر فتزوج لم يكفه الإذن السابق.

(مسأله ١٥): {إذا أذنت ثم رجعت ولم يبلغه الخبر فتزوج لم يكفه الإذن السابق}، إذ الرجوع يجعل الإذن معدوماً فهو نكاح بدون الإذن، ولا دليل على أنه من قبيل فعل الوكيل الذی لم يبلغه عزل موكل.

وإذا قالت: إنی رجعت، فهل الأصل عدمه فالنكاح صحيح، أو أن كلامها صحيح لأن ذلك مما لا يعرف من قبلها، الظاهر الأول، خصوصاً إذا كانت بحيث يمكن الإعلام عن رجوعها ولم تفعل، فتأمل.

ص:١٧٠

مسأله ۱۶ لو رجعت عن الإذن بعد العقد

(مسأله ۱۶): إذا رجعت عن الإذن بعد العقد لم يؤثر فی البطلان.

(مسأله ۱۶): {إذا رجعت عن الإذن بعد العقد لم يؤثر فی البطلان}.

لا ينبغی الإشكال فی ذلك، لأن الأدله علقت النكاح بالإذن السابق عليه، فإطلاق دليل الصحه محكم.

وإذا طلق وانقضت العده احتاج إلى إذن جديد.

أما إذا كانت فی العده لم يحتج، إذ المرأه فی العده بمنزله المتزوجه، فإذا أراد الرجوع لم يحتج إلى إذن جديد.

نعم فی البائن يحتاج إلى الإذن إذا أراد تجديد النكاح فی العده.

ص:۱۷۱

مسأله ۱۷ الظاهر کفایه إذنهما

(مسأله ۱۷): الظاهر کفایه إذنهما وإن کان عن غرور، بأن وعدها أن یعطیها شیئاً فرضیت، ثم لم یف بوعده، سواء کان بانیاً علی الوفاء حین العقد أم لا، نعم لو قیدت الإذن بإعطاء شیء فتزوج ثم لم یعط کشف عن بطلان الإذن والعقد، وإن کان حین العقد بانیاً علی العمل به.

(مسأله ۱۷): {الظاهر کفایه إذنهما وإن کان} الإذن {عن غرور}، بأن غررت عن نفسها کما لو ظنت أن بنت الأخ والأخت تساعدها، أو عن غیرها من الأجنبی کما إذا وعد أبوهما إعطاءهما مالاً مثلاً، أو من نفس البنتین کما إذا وعدتاهما المساعده لهما فی الشؤون المنزلیه مثلاً، أو من الزوج {بأن وعدها أن یعطیها شیئاً فرضیت ثم لم یف بوعده}.

وذلک لأن الأدله دلت علی أن إذنهما کاف منهما، سواء کان داعی الإذن یکون حصل أم لا.

{سواء کان} الواعد {بانیاً علی الوفاء حین العقد، أم لا} إذ عدم بنائها الوفاء لا یؤثر فی الإذن المطلق غیر المقید الحاصل منهما.

{نعم لو قیدت الإذن بإعطاء شیء} أو توفیر خدمه لهما، مثل أن یتخذ لهما داراً مرفهه، أو خادمه تساعدهما مثلاً، {فتزوج} بأن کان الإذن مقیداً {ثم لم یعط} ولم یف {کشف} عدم وفائه {عن بطلان الإذن والعقد} لانتفاء المقید بانتفاء قیده.

{وإن کان حین العقد بانیاً علی العمل به} إذ الشرط وهو الإعطاء والوفاء

ص:۱۷۲

مفقود، والبناء على العمل لا يصحح القيد.

ومما تقدم ظهر الإشكال فی إشكال السيد البروجردی وغيره فيما إذا كان بانياً من الأول على عدم الوفاء، ولذا سكت على المتن السيدان ابن العم والجمال وقرره المستمسک.

ص:۱۷۳

مسأله ۱۸ إعتبار إذنهما من باب الحكم الشرعى

(مسأله ۱۸): الظاهر أن اعتبار إذنهما من باب الحكم الشرعى، لا أن يكون لحق منهما، فلا يسقط بالإسقاط.

(مسأله ۱۸): {الظاهر أن اعتبار إذنهما} ليس {من باب الحكم الشرعى} الأولى، بل هو من قبيل قوله (عليه السلام): «لم يعص الله وإنما عصى سيده» فـ {لا} حكم للشارع إلاّ تبعاً لحق العمه والخاله وذلك بـ {أن يكون لحق منهما} لأن الحق هو المنصرف عرفاً من أمثال هذه الموارد، ولذا يقول: عرف المتشرع أن الإذن حقهما، بدون أدنى شائبه مجاز.

وما استظهره المصنف من أنه حكم لا حق {فلا يسقط بالإسقاط} خلاف الظاهر، وإن استدل له فى المستمسک (بأن كونه حقاً يتوقف على ثبوت ملك لعين أو فعل، وهو خلاف الأصل، بل خلاف الدليل الموجب لاعتباره ولو بعد الإسقاط) انتهى.

ولذا اشكل على المتن ابن العم، وإن وافقه البروجردى والجمال.

وعلى هذا بأن يكون حقاً فالظاهر أنه بيد وليهما إذا كانتا صغيرتين أو مجنونتين، فللولى حق الإذن إذا كان فى صلاحهما، كما يتصرف فى سائر شؤون الصغير والمجنون.

ص:۱۷۴

مسأله ۱۹ إذا شرط فی عقدهما إذنهما

(مسأله ۱۹): إذا اشترط فی عقد العمه أو الخاله إذنهما فی تزویج بنت الأخ أو الأخت، ثم لم تأذنا عصیاناً منهما فی العمل بالشرط، لم یصح العقد علی إحدی البنتین، وهل له إجبارهما فی الإذن، وجهان.

(مسأله ۱۹): {إذا اشترط فی عقد العمه أو الخاله إذنهما فی تزویج بنت الأخ أو الأخت، ثم لم تأذنا عصیاناً منهما فی العمل بالشرط، لم یصح العقد علی إحدی البنتین} لإطلاق الأدله، فهو کما إذا شرط علیه أن یزوجه أمته فی عقد بیع فعصی ولم یزوج، لم یصح عقد الشارط.

{وهل له إجبارهما فی الإذن، وجهان}:

وجه الإجبار: إن هذا حقه فله أخذه بالإجبار، کما یأخذ سائر الحقوق کذلک.

ووجه الثانی: إن الشرط لا یثبت إلّا واجباً علی المشروط، لا أنه یثبت حقاً علیه حتی یکون للشارط إجباره.

والأول هو الأقوی، وعلیه فإذا لم یمکن إجباره بأن لم ینفع الإجبار فی الإذن، قام الحاکم الشرعی مقامه فی الإذن، کما یقوم مقام الممتنع فی کل حق علیه إذا لم یمکن إجباره، لأن ذلک مقتضی ولایته علی الممتنع.

ومن ذلک یظهر أنه لا وجه للقول بعدم قیام الحاکم الشرعی مقامه من جهه أن الشرط لا یفید إلّا الوجوب علی المشروط علیه، فإذا امتنع أجبر علی أداء الواجب من باب الأمر بالمعروف، فإذا لم یفعل الواجب لا یقوم الحاکم مقامه،

نعم إذا اشترط عليهما فی ضمن عقدهما أن يكون له العقد على ابنه الأخ أو الأخت، فالظاهر الصحه وإن أظهرتا الكراهه بعد هذا.

إذ لا يقوم الحاكم مقام تارك الواجب، كما إذا امتنع عن أداء الصلاه، فإن الحاكم لا يصلی بدلاً عنه.

ثم إنه لما كان الإذن حقاً كما تقدم، كان له إسقاطه ضمن عقد، كما يصح إسقاط كل حق من هذا القبيل، ولذا قال: {نعم إذا اشترط عليهما فی ضمن عقدهما أن يكون له العقد على ابنه الأخ أو الأخت فالظاهر الصحه}، ومقابل الظاهر احتمال أن لا يصح، لأن اعتبار الإذن من باب الحكم الشرعی، والحكم غير قابل للإسقاط، لكنك قد عرفت أنه حق وليس بحكم.

{وإن أظهرتا الكراهه بعد هذا}، إذ لا قيمه لكراهتهما بعد أن أسقطتا حقهما، كما إذا أسقط حقه فی فسخ البيع عند العقد فيما إذا ظهر معيباً أو مغبوناً، فإن كراهته للبيع وعدم رضاه به لا أثر له، إلی غير ذلك من موارد إسقاط الحق ضمن عقد ونحوه.

ص:١٧۶

مسأله ۲۰ إذا أجازتا بعد الزواج

(مسأله ۲۰): إذا تزوجهما من غير إذن ثم أجازتا صح على الأقوى.

(مسأله ۲۰): {إذا تزوجهما من غير إذن ثم أجازتا صح على الأقوى} كما عن العلامه وغيره، خلافاً لما عن المحقق وغيره من القول بالبطلان، والأقرب الأول، لتحقق شرط الصحه الذى هو الإذن، فيشمله دليل الصحه، فإن الإذن لما كان حقاً صح لحوقه، كما يصح سبقه، كما فى بيع الفضولى ونحوه.

ويؤيده قوله (عليه السلام) فى نكاح العبد بدون إذن مولاه: «إنه لم يعص الله، وإنما عصى سيده»، فإذا أجاز جاز، لأنه مما يدل على أن الإجازه اللاحقه كافيه إذا لم يكن عصيان الله ابتداءً، بل كان عصياناً تبعاً لعصيان الإنسان.

ومن ذلک تعرف وجه الإشكال فى كلام من يقول بالبطلان، مستدلاً بأن النهى عن النكاح بدون الإذن يقتضى الفساد.

وبما رواه ابن جعفر (عليهما السلام)، عن أخيه (عليه السلام): «ولا تزوج بنت الأخ والأخت على العمه والخاله إلاّ برضا منهما، فمن فعل ذلک فنكاحه باطل»[(۱)].

إذ يرد على الأول: إنه بعد الإذن ليس نكاحاً بدون الإذن، فهو من قبيل النهى عن بيع ما ليس عنده، فإنه إنما يقتضى الفساد إذا لم يأذن المالک.

وعلى الثانى: إن المفروض لحوق الرضا، فهو مثل (تجاره عن تراض) فى صحه التجاره إذا لحقها الرضا.

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۳۲۵ الباب ۳۰ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۲

ومما تقدم يظهر أنه لو تزوجهما بدون رضاهما ثم ماتت العمه والخاله أو طلقتا، سقط اعتبار رضاهما وصح القعد، فهو مثل ما إذا باع مال أبيه ثم مات الأب، حيث يصح البيع بموته بدون أن يتوقف على شيء آخر، كما قرر فى كتاب المكاسب.

ومنه يظهر الإشكال فى كلام الجواهر حيث قال: (لو ماتتا قبل علمهما كان لابد من تجديد العقد).

ثم إن المنسوب إلى الشيخين وآخرين أنه لو تزوجهما بدون رضاهما كان للعمه والخاله الخيار فى فسخ عقد أنفسهما أو فسخ عقد البنتين، واستدل لذلك بأن العقدين وقعا صحيحين، وحيث لا يمكن الجمع بينهما إلاّ بإذن فهما مخيرتان فى رفع الجمع بينهما بين رفع الأول ورفع الثانى.

وفيه أولاً: إنه لا دليل على أن بيدهما فسخ عقد أنفسهما، بل هو خلاف أدله صحه العقد، وأن الافتراق لا يكون بيد المرأه إلاّ فى موارد خاصه من العيوب والتدليس.

وثانياً: إن بيدهما عدم الإذن فينفسخ عقد البنتين تلقائياً، لا أن بيدهما فسخ عقد البنتين، والفرق بين الأمرين واضح.

ومن الإشكال المذكور يظهر الإشكال فى كلام ابن إدريس، حيث قال ببطلان العقد الثانى وتزلزل العقد الأول، فيكون للعمه والخاله فسخ عقد أنفسهما.

إذ يرد عليه أولاً: إنه لا دليل على بطلان عقد البنتين.

ص:١٧٨

وثانيا: إنه لا دليل على تزلزل عقد العمه والخاله.

ثم إن الكلام فيما إذا منعتا عن العقـد على البنتين قبل عقـدهما، أو أظهرتا عدم رضائهما بعد عقدهما، هو الكلام الذى ذكره فى باب بيع الفضولى، وأنه لا يصح الإذن فى انعقاد العقد بعد النهى وعدم الرضا.

نعم، إذا منعتا وقبل العقد رضيتا صح العقد بلا إشكال، كما أنه إذا رضيتا وقبل العقد منعتا لم يصح، كما تقدم.

ص:١٧٩

مسأله ۲۱ لو شک فی سبق عقد أحدهما

(مسأله ۲۱): إذا تزوج العمه وابنه الأخ، وشک فی سبق عقد العمه أو سبق عقد الابنه، حکم بالصحه، وکذا إذا شک فی السبق والاقتران بناءً علی البطلان مع الاقتران.

(مسأله ۲۱): {إذا تزوج العمه وابنه الأخ، وشک فی سبق عقد العمه أو سبق عقد الابنه، حکم بالصحه} وکذا بالنسبه إلی الخاله وابنه الأخت، وذلک لأصاله الصحه الجاریه فی کل عقد شک بعد أن عقده فی صحته وفساده.

{وکذا إذا شک فی السبق والاقتران، بناءً علی البطلان مع الاقتران}، أما بناءً علی الصحه فالعقد صحیح علی کل حال کما هو واضح.

ولا فرق بین أن یکون الشک طارءاً بأن علم أولاً بالسبق واللحوق ثم نسی، أو ساریاً بأن لم یعلم من الأول.

ومن صور الشک الابتدائی ما إذا وکل اثنین فی عقدهما فعقدا ولم یعلم سبق أیهما مع علمه بسبق أحدهما، أو لم یعلم السبق والاقتران أصلاً.

ص:۱۸۰

مسأله ۲۲ إذا ادعتا عدم الإذن

(مسأله ۲۲): إذا ادعت العمه أو الخاله عـدم الإذن، وادعى هو الإذن منهما، قـدم قولهما، وإذا كانت الدعوى بين العمه وابنه الأخ مثلاً فى الإذن وعدمه فكذلك قدم قول العمه.

(مسأله ۲۲): {إذا ادعت العمه أو الخاله عدم الإذن، وادعى هو الإذن منهما، قدم قولهما} بالنسـبه إلى الدعوى لأصاله عدم الإذن الموافق لقولهما، ولا مجال لأصل الصـحه فى إبطال حق الغير فى مورد الدعاوى المتعلقه بحق إنسان له الإذن، كما إذا ادعى زيد أنه بتوكيل عمرو له أجرى العقد، وأنكر عمرو أن يكون وكّله، لم يجر أصل الصحه فى العقد الذى أجراه مدعى الوكاله.

وكذا إذا ادعى المدعى أن الولى أذن له فى عقد المولى عليه فأنكر الولى ذلك، فإن إطلاق أصل الصحه منصرف عن المقام.

ولذا قال المستـمسك: (إن دليل أصل الصـحه من السـيره والإجماع غير ثابت فى مثل المقام مما كان المدعى لعدم الشرط ممن يقوم به الشرط، ففرق بين أن تكون دعوى عدم الإذن صادره ممن تقوم به الإذن، وأن تكون صادره من غيره) انتهى.

{وإذا كانت الـدعوى بين العمه وابنه الأخ مثلاً فى الإذن وعـدمه فكـذلك قدم قول العمه} وتتحقق صوره الدعوى فيما إذا كان إرث الزوج بيد العمه وأرادت منع ابنه الأخ عن نصيب الزوجه وادعت هى أنها زوجه، وأن العمه أذنت عند العقد، إلى غيرها من صور التنازع بينهما مما يسمعها الحاكم.

نعم، إذا علمت ابنه الأخ أنها أذنت، وأن إنكارها عن عمد أو نسيان أو ما أشبه

فلها أن تأخذ حصتها من الإرث.

كما أن الزوج فی الفرع السابق إذا علم بالإذن وأن له الحق لم يؤثر كون الحكم فی جانبها من ترتيب آثار الزوجيه وجوباً كالوطی كل أربعه أشهر مره، أو جوازاً كالنظر إليها، أو حرمةً كحرمه أختها، إلی غير ذلك، بالنسبه إلی ابنه الأخ.

مسأله ۲۳ لو تزوج ثم شک فی الإذن

(مسأله ۲۳): إذا تزوج ابنه الأخ أو الأخت، وشك في أنه هل كان عن إذن من العمه والخاله أو لا، حمل فعله على الصحيح.

(مسأله ۲۳): {إذا تزوج ابنه الأـخ أو الأـخت، وشك} بعـد العقـد {في أنه هل كان عن إذن من العمه أو الخاله أو لا، حمل فعله على الصحيح} لما ذكرناه في كتاب التقليد من حمل الإنسان فعل نفسه على الصحيح بالنسبه إلى الأعمال السابقه.

وكذا إذا شك ابنه الأخ والأخت في أن تزويجه لهما هل كان عن إذن أم لا، حيث تحملان فعل الزوج على الصحيح.

وكذا فيما إذا شك إنسان آخر.

ص:۱۸۳

مسأله ۲۴ لو حصل بنتيه الأخ أو الأخت بعد التزويج

(مسأله ۲۴): إذا حصل بنتيه الأخ أو الأخت بعد التزويج بالرضاع لم يبطل، وكذا إذا جمع بينهما فى حال الكفر ثم أسلم، على وجه.

(مسأله ۲۴): {إذا حصل بنتيه الأخ أو الأخت بعد التزويج بالرضاع}، كما إذا تزوجها وهى صغيره فشربت اللبن من زوجه أخ المرأه مثلاًـ {لم يبطل} النكاح، لأن الأدله دلت على عدم نكاح بنت الأخ فيما كانت بنت الأخ سابقه على النكاح، لا ما إذا كانت لاحقه عليه، إلّا أن يقال: بحرمه مطلق الجمع، وذلك ما عرفت سابقاً فساده.

{وكذا إذا جمع بينهما فى حال الكفر} فى حال صحه ذلك عنده فى دينه، ليشمله «لكل قوم نكاح» {ثم أسلم، على وجه} وجيه، لأن حال الكفر صح النكاح، وبعد أن أسلم لا يكون النكاح ابتدائياً حتى يحتاج إلى إذن العمه، وقد عرفت أن ظاهر الأدله هو الاحتياج إلى الإذن فيما إذا أريد استيناف النكاح.

ومما ذكرناه يعلم الإشكال فى إشكال المستمسك فى كلا فرعى المصنف، ولذا سكت الساده ابن العم والبروجردى والجمال على الفرع الأول، وقوى ابن العم الفرع الثانى.

ص:۱۸۴

مسأله ۲۵ لو طلق طلاقا رجعيا

(مسأله ۲۵): إذا طلق العمه أو الخاله طلاقاً رجعياً لم يجز تزويج إحدى البنتين إلاّ بعد خروجهما عن العده، ولو كان الطلاق بائناً جاز من حينه.

(مسأله ۲۵): {إذا طلق العمه أو الخاله طلاقاً رجعياً لم يجز تزويج إحدى البنتين} لأن المطلقه رجعياً زوجه، فحكمها في حال الرجعه حكم الزوجه.

{ولو كان الطلاق بائناً جاز من حينه}، وكذا إذا كان الفراق بالفسخ أو بانقضاء مده المتعه.

ثم لا يخفى أنه إذا كانت المرأه عمه وخاله، نسباً أو رضاعاً أو بالاختلاف، احتاج الإمر إلى رضاها من كلتا الجهتين، فلو قالت: إني آذنه من حيث كوني عمه لا من حيث كوني خاله لم ينفع.

ص:۱۸۵

مسأله ۲۶ لو طلق طلاقا خلعيا

(مسأله ۲۶): إذا طلق إحداهما بطلاق الخلع، جاز له العقد على البنت، لأن طلاق الخلع بائن، وإن رجعت فى البذل لم يبطل العقد.

(مسأله ۲۶): {إذا طلق إحداهما بطلاق الخلع جاز له العقد على البنت، لأن طلاق الخلع بائن} فليست العمه والخاله زوجه له، وإن كانتا فى عده البائن له، فلا مانع من تزويجه بالبنتين، لأنه يشمله إطلاق أدله الزواج.

{وإن رجعت فى البذل} حتى أصبح طلاق الخلع رجعياً، فهل ينقلب عقد البنتين متوقفاً على إجازه العمه والخاله، لأنه رجوع إلى الزوجيه السابقه، فكأن نكاح البنتين وقع فى حال زوجيه العمه والخاله، فإذا لم تأذنا بطل عقد البنتين.

أو {لم يبطل العقد} وإن لم تأذنا، لأنه حال عقدهما لم تكن العمه والخاله زوجه له، وحين رجوعهما فى البذل كان من قبيل دخول العمه والخاله على البنتين.

احتمالان، الظاهر الثانى، وإن كان الأول أقرب إلى الاحتياط.

ولا فرق فى عدم بطلان عقد البنتين برجوعهما عن البذل بين جهل الراجعه بأنه قد تزوج البنتين أم لا.

ثم إن الزوجه لو لم تكن عمه شرعاً فصارت عمه بعد أن تزوج ببنت الأخ، كما إذا تبناها جد البنت، مثلًا تزوج محمد بفاطمه، ثم تزوج بصديقه حفيده صالح، ثم ادعى صالح أن فاطمه بنته، وهى قبلت الدعوى مما ترتب عليه آثار البنتيه، أو شهد شاهدان بذلك، وإن كان صالح ميتاً، فهل يكون زواج الحفيده السابق على الحكم الشرعى متوقفاً على إذن فاطمه، احتمالان، من أنه حين الزواج لم يكن مانع، ومن أن الادعاء والشهاده أثبت سبق العميه على الكشف،

والأول أقرب، وإن كان الثانى أحوط.

ومنه يعرف حكم العكس، بأن كانت الزوجه عمه شرعاً فتزوج بنت الأخ، ثم حكم شرعاً بأنها ليست عمه، كما إذا شهد شاهدان بأنها ليس بنتاً لجد الحفيده، وقد كانت العمه ردت زواج زوجها من بنت الأخ، وكان الرد قبل ثبوت أنها ليست عمه شرعاً.

ص:١٨٧

مسأله ۲۷ هل یجری الحکم فی المملوکتین

(مسأله ۲۷): هل یجری الحکم فی المملوکتین والمختلفتین، وجهان، أقواهما العدم.

(مسأله ۲۷): {هل یجری الحکم فی المملوکتین} بأن کانت العمه وبنت الأخ مثلاً مملوکتین لرجل، بأن یتوقف وطی بنت الأخ علی إجازه العمه.

{والمختلفتین} بأن کانت إحداهما زوجه والأخری مملوکه یرید وطیها بالملک.

{وجهان}، من إطلاق خبر الکنانی ونحوه إذا حمل علی الوطی وللمناط، ومن أن الظاهر العقد لا الوطی، ولأن العمه المملوکه لا ـ تملک حق نفسها فکیف تملک إبطال عقد مولاها، ولذا کان {أقواهما العدم}، بل فی الجواهر إنه التحقیق، وإنه ظاهر النصوص والفتاوی.

وسکت علی المتن الساده ابن العم والبروجردی والجمال، وأیده المستمسک، فتأمل.

ص:۱۸۸

مسأله ۲۸ الزنا الطارئ علی التزویج

(مسأله ۲۸): الزنا الطارئ علی التزویج لا یوجب الحرمه إذا کان بعد الوطی

(مسأله ۲۸): {الزنا الطاری علی التزویج لا یوجب الحرمه إذا کان بعد الوطی} بلا إشکال ولا خلاف، بل فی الجواهر الإجماع بقسمیه، بل المحکی منهما مستفیض أو متواتر.

ویدل علیه متواتر الروایات:

ففی صحیح ابن مسلم، عن أحدهما (علیهما السلام)، أنه سئل عن الرجل یفجر بالمرأه أیتزوج بابنتها، قال (علیه السلام): «لا، ولکن إن کانت عنده امرأه ثم فجر بأمها أو أختها، لم تحرم علیه امرأته، إن الحرام لا یفسد الحلال»((۱)).

وصحیح الحلبی، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، فی رجل تزوج جاریه فدخل بها ثم ابتلی بها ففجر بأمها أتحرم علیه امرأته، فقال (علیه السلام): «لا، إنه لا یحرم الحلالَ الحرامُ»((۲)).

وصحیح زراره، عن أبی جعفر (علیه السلام)، إنه قال: «فی رجل زنا بأم امرأته أو ببنتها أو بأختها، فقال (علیه السلام): «لا یحرّم ذلک علیه امرأته» ثم قال: «ما حرّم حرام حلالاً قط»((۳)).

وفی خبره الآخر، قال: سألت أبا جعفر (علیه السلام) عن رجل زنی بأم امرأته أو بأختها، فقال: «لا یحرم ذلک امرأته، إن الحرام لا یفسد الحلال ولا یحرمه»((۴)).

ص:۱۸۹

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۳۲۶ الباب ۸ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۱

۲- الوسائل: ج۱۴ ص۳۲۶ الباب ۸ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۲

۳- الوسائل: ج۱۴ ص۳۲۶ الباب ۸ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۳

۴- الوسائل: ج۱۴ ص۳۲۷ الباب ۸ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۴

بل قبله أيضاً على الأقوى

وصحيح محمد بن مسلم، عن أحدهما (عليهما السلام)، إنه سئل عن الرجل يفجر بالمرأه أيتزوج ابنتها، قال (عليه السلام): «لا، ولكن إن كان عنده امرأه ثم فجر بابنتها أو أختها لم تحرم عليه التى عنده»((۱)).

إلى غيرها من الروايات.

{بل قبله} أى قبل الوطى بعد العقد {أيضاً على الأقوى} بل المشهور شهره عظيمه، بل لم ينقل الخلاف إلّا عن أبى على، ونسب إلى ظاهر الاستبصار، ومال إليه الحدائق، ونقله عن بعض مشايخه، كذا فى المستمسک.

أما وجه المشهور فهو إطلاقات الأخبار المتقدمه، بالإضافه إلى قوه التعليل فى عدم تحريم الحرام الحلال.

وأما وجه القول بالحرمه فهو خبر الكنانى، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «إذا فجر الرجل بالمرأه لم تحل له ابنتها أبداً، وإن كان قد تزوج ابنتها قبل ذلک ولم يدخل بها فقد بطل تزويجه، وإن هو تزوج ابنتها ودخل بها ثم فجر بأمها بعد ما دخل بابنتها فليس يفسد فجوره بأمها نكاح بنتها إذا هو دخل بها، وهو قوله (عليه السلام): لا يفسد الحرام الحلال إذا كان هكذا».

وفيه: إن هذه الروايه الواحده وإن كانت موثقه، لا تقاوم الروايات الكثيره المطلقه المعلله مما يجب حملها على ضرب من الكراهه، خصوصاً وقد ادعى فى محكى الرياض أن هذا الخبر ضعيف لشذوذه، وقد ادعى جماعه من الأصحاب الإجماع على خلافه.

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۳۲۷ الباب ۸ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۷

فلو تزوج امرأه ثم زنى بأمها أو بنتها لم تحرم عليه امرأته، وكذا لو زنى الأب بامرأه الابن لم تحرم على الابن، وكذا لو زنى الابن بامرأه الأب لا تحرم على أبيه

أقول: ولعله محمول على التقيه بالمعنى الذى ذكره لها فى الحدائق.

ثم الظاهر أنه على الكراهه فهى خاصه بمورد النص من الزنا بالأم بعد تزويج البنت وعدم الدخول بها، لا العكس من الزنا بالبنت بعد تزويج الأم وعدم الدخول بها.

{فلو تزوج امرأه ثم زنا بأمها أو ابنتها لم تحرم عليه امرأته} سواء دخل بها أم لا، أما إذا دخل بإحداهما قبل تمام العقد، بأن دخل بين الإيجاب والقبول، فهو يعد من الدخول قبل التزويج، لأنه لا يتم إلّا بتمام الإيجاب والقبول.

ثم إنه لو قلنا بأن الزنا بالأم قبل تزويج البنت محرم، فلو تزوج بالبنت ثم زنى بالأم ثم طلق البنت أو انفصل عنها بسبب آخر، جاز له تزويجها مره ثانيه، ولا يعد تزويجه للبنت ثانياً من الزواج بالبنت بعد الزنا بالأم، لأنه منصرف عن مثله، وقد كانت حلالاً له قبل طلاقها.

{وكذا لو زنا الأب بامرأه الابن لم تحرم على الابن، وكذا لو زنا الابن بامرأه الأب لا تحرم على أبيه}، كما يدل عليه بالإضافه إلى الأصل ومتواتر التعليلات المتقدمه، بعض الروايات:

مثل خبر زراره، عن أبى جعفر (عليه السلام): «إن زنى رجل بامرأه أبيه أو بجاريه أبيه، فإن ذلك لا يحرمها على زوجها، ولا يحرم الجاريه على سيدها، إنما

وكذا الحال فی اللواط الطارئ علی التزویج، فلو تزوج امرأه ولاط

یحرم ذلک منه إذا کان أتی الجاریه وهی حلال، فلا تحل تلک الجاریه أبداً لأبیه ولا لابنه»((1)).

ورواه الصدوق، عن ابن بکیر، إلاّ أنه قال: «بامرأه ابنه أو بامرأه أبیه أو بجاریه أبیه»((2)).

وخبر مرازم، سمعت أبا عبد الله (علیه السلام)، وسئل عن امرأه أمرت ابنها أن یقع علی جاریه لأبیه فوقع، فقال (علیه السلام): «أثمت وأثم ابنها، وقد سألنی بعض هؤلاء عن هذه المسأله، فقلت له: أمسکها، إن الحلال لا یفسده الحرام»((3)).

ومنه یعرف أن شرط الوطی إنما هو محمول علی ما لا ینافی الأدله المتقدمه، کروایه عمار، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، فی الرجل تکون عنده الجاریه فیقع علیها ابن ابنه قبل أن یطأها الجد، أو الرجل یزنی بالمرأه هل یجوز لأبیه أن یتزوجها، قال (علیه السلام): «لا، إنما ذلک إذا تزوجها فوطأها ثم زنی بها ابنه لم یضره، لأن الحرام لا یفسد الحلال، وکذلک الجاریه»((4)).

{وکذا الحال فی اللواط الطارئ علی التزویج، فلو تزوج امرأه ولاط}

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۳۱۹ الباب ۴ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۱
۲- الوسائل: ج۱۴ ص۳۱۹ الباب ۴ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۱
۳- الوسائل: ج۱۴ ص۳۲۰ الباب ۴ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۴
۴- الوسائل: ج۱۴ ص۳۲۰ الباب ۴ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۴

بأخيها أو أبيها أو ابنها لم تحرم عليه امرأته، إلّا أن الاحتياط فيه لا يترك.

وأما إذا كان الزنا سابقاً على التزويج، فإن كان بالعمه أو الخاله يوجب حرمه بنتيهما

بعد الزواج {بأخيها أو أبيها وابنها لم تحرم عليه امرأته} فإن الحرام لا يفسد الحلال، سواء دخل بالزوجه أم لم يدخل {إلا أن الاحتياط فيه لا يترك} كما تقدم الكلام فيه فی المسأله الإحدی والعشرين من الفصل السابق.

{وأما إذا كان الزنا سابقاً على التزويج، فإن كان بالعمه أو الخاله، يوجب حرمه بنتيهما} كما هو المشهور شهره عظيمه، بل عن الانتصار والتذكره الإجماع عليه، خلافاً للمحكی عن الحلی والمختلف فتوقفا فی المسأله.

ويدل على التحريم صحيح محمد بن مسلم، قال: سأل رجل أبا عبد الله (عليه السلام)، وأنا جالس عن رجل نال من خالته فی شبابه ثم ارتدع، يتزوج ابنتها، قال (عليه السلام): «لا»، قلت: إنه لم يكن أفضى إليها، إنما كان شیء دون شیء، فقال (عليه السلام): «لا يصدق ولا كرامه»((1)).

وموثق أبی أيوب، عن أبی عبد الله (عليه السلام)، قال: سأله محمد بن مسلم وأنا جالس عن رجل نال من خالته وهو شاب ثم ارتدع، أيتزوج ابنتها، قال: «لا»، قال: إنه لم يكن أفضى إليها إنما كان شیء دون ذلك، قال (عليه السلام): «كذب»((2)).

١- الوسائل: ج١٤ ص٣١٩ الباب ١٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح١
٢- الوسائل: ج١٤ ص٣١٩ الباب ١٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح٢

أقول: هذا بالنسبه إلى الخاله، أما بالنسبه إلى العمه فيدل عليه الإجماع، ومرسل الحلى، روى: «إن من فجر بعمته أو خالته لم تحل له ابنتاهما»((۱)).

ولعـل الحلبى أراد بـالروايه مـا فى الرضـوى (عليـه السـلام) قـال: «فـإن زنى رجـل بعمتـه أو خـالته حرمـت عليـه ابنتاهمـا أن يتزوجهما»((۲)).

وقـد أشـكل المسالك فى الحكم المـذكور بضـعف السـند وعـدم التصـريح فيه بالوطى، بل بعدمه الذى لا يليق بمنصب الإمامه تكـذيبه فيه، وأنه فى الخـاله خـاصه، وحينئـذ فيتجه ادراج حكم الزنا بهما فى حكم غيرهما، لا أن الزنا بهما ينشـر الحرمه وإن لم نقل بنشر الحرمه فى الزنا بغيرهما.

أقول: الإشـكال فى السـند غير وارد، وتكذيب الإمام (عليه السلام) لعله كان بسبب علمه، فإنه وإن كان مضعفاً فى الجمله إلّا أنه لا يسـقط الخبر عن الحجيه، خصوصاً والظاهر من صـحيح الكناسى أنه كان كما قال الإمام (عليه السلام) فى مورد آخر، قال: إن رجلًا من أصـحابنا تزوج امرأه قـد زعم أنه كان يلاعب أمها ويقبلها من غير أن يكون أفضـى إليها، قال: فسألت أبا عبد الله (عليه السلام) فقال لى: «كذب مره فليفارقها»، قال: فأخبرت الرجل، فو الله ما رفع ذلك عن نفسه وخلى سبيلها((۳)).

۱- الوسائل: ج۱۴ ص ۳۷۰ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۴
۲- الوسائل: ج۱۴ ص۵۷۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۶
۳- الوسائل: ج۱۴ ص۳۲۳ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۵

نعم فی العمه لا دلیل إلّا المرسل والرضوی، وکلاهما غیر حجه، خصوصاً والحلی لم یعتمد علی ما رواه، لأنه قال: فإن کان علی المسأله إجماع فهو الدلیل علیها.

أما ما ربما یقال: من أن روایات الباب لا تقاوم قوله سبحانه: (وأحل لکم ما وراء ذلکم)((1))، ومتواتر الروایات الداله علی أن «الحرام لا یحرم الحلال» خصوصاً مثل ما رواه زراره من قول الباقر (علیه السلام): «ما حرم حرام حلالا قط»((2))، ولاحتمال التقیه فی روایات التحریم، لأنه مذهب بعض العامه.

فیرد علی الأولین: إن الخاص مقدم علی العام.

وعلی الثالث: إن أکثریه العامه علی التحلیل.

ولذا لا ینبغی التأمل فی الحکم، کما ذکره الجواهر وأیده المستمسک وغیره، وإن کان الحکم فی الخاله أقوی من الحکم فی العمه.

نعم ذلک خاص بالزنا قبل التزویج ببنتیهما، أما بعد التزویج فلا إشکال فی ذلک.

وهل وطی الشبهه حکمه حکم الزنا، الظاهر لا، للأصل وقاعده «لا یحرم الحرام الحلال»، وسحب مناط الزنا إلی المقام غیر مقطوع به.

وفی انسحاب الحکم إلی عمه الأب والأم وخالتهما فما علا،

1- سوره النساء: الآیه 24

2- الوسائل: ج14 ص324 الباب 6 من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح9

احتمالان، من الإطلاق، ومن الانصراف إلى الدنيا، والثانى أقرب، خصوصاً بعد قاعده «لا يحرم الحرام»، وإن كان الأول أحوط.

وكذا فى انسحاب الحكم إلى أحفادهما، كبنت بنت العمه أو بنت ابنها.

أما العمه والخاله من الرضاع، وكذا أولادهما من الرضاع، فلا يبعد انسحاب الحكم من جهه أن «الرضاع لحمه كلحمه النسب».

وأما إذا كان الفاعل صغيراً، أو مضطراً أو ملجأً، أو كانت هى الداخله منه فيها فى نوم أو نحوه، أو كان الفاعل مجنوناً، فالظاهر عدم انسحاب الحكم، لما تقدم فى مسأله اللواط المحرّم للأم والأخت والبنت.

نعم لا ـ فرق بين أن تكون العمه والخاله صغرتين أو كبيرتين للإطلاق، كما لا فرق بين وطيهما فى القبل أو الدبر، لكن الظاهر لزوم أن يكون بمقدار الحشفه، وقد تقدم الكلام فى ذلك، ولا يشترط الإنزال للإطلاق.

أما غير الإدخال من سائر أقسام الاستمتاع فليس محرِّماً للأصل.

وإذا دخل بهما فى حال كفرهما جاز التزويج ببنتهما بعد الإسلام، لأن «الإسلام يجب ما قبله»(1)، كما أنه لا يبعد شمول «ألزموهم» إذا كانت هى لا ترى التحريم، سواء كانت كافره أو مخالفه.

ولو شك فى الدخول فالأصل العدم. ولو ادعت هى الدخول وأنكر جاز له تزويجه بهما.

ولو علم بإدخاله فى الخاله أو العمه، فإن كانت كلتا بنتيهما محلاً للابتلاء لم يجز، وإلا بأن لم تكن لإحداهما بنت، أو لم تكن محلاً للابتلاء جاز،

۱- مجمع البحرين: ماده «جب»

وإن كان بغيرهما ففيه خلاف

لقاعدتى العلم الإجمالى والشبهه غير المبتلى بها.

ولا فرق فى بنتيهما المخلوقه حلالاً، أو شبهه، لأن حكم الشبهه حكم الحلال.

أما إذا كانت مخلوقه زناً، ففيه احتمالان، من أنها ليست بنتاً شرعاً، ومن أن بناءهم فى باب النكاح والمحرميه وما أشبه أنها بنت، وإنما الخارج قضايا الإرث ونحوها، والثانى أقرب، كما سيأتى الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

ولا فرق فى تحريم بنتيهما بين علمهما بالحرمه أو جهلهما أو بالاختلاف للإطلاق.

{وإن كان} الزنا السابق على التزويج {بغيرهما ففيه خلاف}، فالمحكى عن الأكثر، بل المشهور الحرمه، وفى الجواهر وفاقاً للأكثر نقلًا مستفيضاً ومحصلاً.

خلافاً للآخرين حيث ذهبوا إلى الحليه، وهو الذى حكاه الجواهر عن الفقيه والمقنع والمقنعه والمسائل الناصريه والمراسم والسرائر والنافع والإرشاد وكشف الرموز، بل عن التبيان أيضاً، وعن ابن إدريس والرياض شهره القول بالحل، وعن المرتضى دعوى الإجماع عليه.

كما أن القول بالتحريم مشهور عند المخالفين، فعن التذكره نسبته إلى عمران بن الحصين وعطار وطاووس ومجاهد والنخعى والثورى وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأى.

وكيف كان، فالأقرب الحل، لأنه طريق الجمع بين طائفتى الروايات الوارده فى المقام، بعد تأييد رويات الحل بقوله سبحانه: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾[(1)].

ص:۱۹۷

۱- سوره النساء: الآيه ۲۴

وبالروايات المتواتره من أن «الحرام لا يفسد الحلال».

ففی صحیح سعید بن یسار، قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن رجل فجر بامرأه یتزوج ابنتها، قال (علیه السلام): «نعم یا سعید، إن الحرام لا یفسد الحلال»((۱)).

وصحیح هشام بن المثنی، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، إنه سأله عن الرجل یأتی المرأه حراماً أیتزوجها، قال: «نعم، وأمها وبنتها»((۲)).

وصحیحته الأخری، قال: کنت عند أبی عبد الله (علیه السلام)، فقال له رجل: رجل فجر بامرأه أتحل له ابنتها، قال: «نعم، إن الحرام لا یفسد الحلال»((۳)).

وموثق حنان بن سدیر، قال: کنت عند أبی عبد الله (علیه السلام) إذ سأل سعید عن رجل تزوج امرأه سفاحاً هل تحل له ابنتها، قال: «نعم إن الحرام لا یحرم الحلال»((۴)).

وصحیح صفوان، قال: سأله المرزبان، عن رجل یفجر بالمرأه وهی جاریه قوم آخرین، ثم اشتری ابنتها أتحل له ذلک، قال (علیه السلام): «لا یحرم الحرام الحلال، ورجل فجر بامرأه حراماً أیتزوج بابنتها، قال (علیه السلام): «لا یحرم الحرام الحلال»((۵)).

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۳۲۴ الباب ۶ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۶

۲- الوسائل: ج۱۴ ص۳۲۴ الباب ۶ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۶

۳- الوسائل: ج۱۴ ص۳۲۴ الباب ۶ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۱۰

۴- الوسائل: ج۱۴ ص۳۲۵ الباب ۶ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۱۱

۵- الوسائل: ج۱۴ ص۳۲۵ الباب ۶ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۱۲

وروایه زراره قال: قلت لأبی جعفر (علیه السلام): رجل فجر بامرأه هل یجوز له أن یتزوج بابنتها، قال (علیه السلام): «ما حرم حرام حلالاً قط»((۱)).

إلی غیرها من الروایات التی تکررت جمله منها بإسناد آخر فی المستدرک أیضاً، وصحه سند جمله من هده الروایات وصراحتها وعمل غیر واحد من الفقهاء بها قدیماً وحدیثاً أوجب صرف الروایات الداله علی التحریم عن ظاهرها، وهی التی استدل بها القائل بالتحریم.

کصحیح محمد بن مسلم، عن أحدهما (علیهما السلام) أنه سئل عن الرجل یفجر بالمرأه أیتزوج بابنتها، قال (علیه السلام): «لا، لکن إن کانت عنده امرأه ثم فجر بأمها أو أختها لم تحرم علیه امرأته، إن الحرام لا یفسد الحلال»((۲)).

وصحیح العیص بن القاسم، قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن رجل باشر امرأه وقبّل، غیر أنه لم یفض إلیها ثم تزوج ابنتها، فقال (علیه السلام): «إن لم یکن أفضی إلی الأم فلا بأس، وإن کان أفضی إلیها فلا یتزوج ابنتها»((۳)).

وصحیح منصور بن حازم، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، عن رجل کان بینه وبین امرأه فجور، هل یتزوج ابنتها، فقال: «إن کان من قبله أو شبهها فلیتزوج ابنتها ولیتزوجها هی إن شاء»((۴)).

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۳۲۴ الباب ۶ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۹
۲- الوسائل: ج۱۴ ص۳۲۶ الباب ۶ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۱
۳- الوسائل: ج۱۴ ص۳۳۴ الباب ۶ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۲
۴- الوسائل: ج۱۴ ص۳۲۳ الباب ۶ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۳

والأحوط التحريم بل لعله لا يخلو عن

وعن الكافى روايته هكذا: «فليتزوج ابنتها إن شاء، وإن كان جماعاً فلا يتزوجها»((1)).

إلى غيرها من الروايات التى تكررت جمله منها فى المستدرك.

وقد أجاب المحرمون عن روايات الحل:

بحملها تاره على التقيه.

وأخرى بأن المراد بها دون الجماع.

وثالثه: بترجيح روايات التحريم عليها بالشهره.

ورابعه: بأن المراد بقاعده «لا يحرم الحرام الحلال» ما كان تزويج البنت سابقاً، ببيان أن المراد بالحلال الحلال الفعلى لا الحلال الشأنى.

وخامسه: بأن روايات التحريم الأكثر عدداً.

وسادسه: بأن نصوص التحريم أوضح طريقاً.

وفى الكل ما لا يخفى، إذ قد عرفت أن كلا القولين مشهوران عند العامه، وإراده دون الجماع خلاف صريحها، والشهره موجوده فى القولين، وإراده الحليه الفعليه خلاف صريح روايات التحليل، والأكثر عدداً لو سلم صغراه لم يكن من المرجحات، ولم يعلم وجه كون روايات التحريم أوضح طريقاً، فالقول بالحليه هو الأقرب، ولذا قال فى المستمسك: «إن الأخذ بنصوص التحليل متعين».

{و} إن كان {الأحوط التحريم}.

أما قول المصنف: {بل لعله لا يخلو عن

١- الوسائل: ج١٤ ص٣٢٣ الباب ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح٤

قوه

قوه} ففيه ما لا يخفى، ولذا قال السيد البروجردى: القوه محل تأمل، بل منع.

بقى أمران:

الأول: إن أم المزنى بها حالها حال البنت، فإذا قلنا بالحرمه فى البنت حرمت فى الأم، وإذا قلنا بالحليه فى البنت حلت فى الأم، وذلك للفهم من الأخبار أن الزنا كالوطى الصحيح أم لا، فإن كان الأول فالتحريم فيهما، وإن كان الثانى فالحليه فيهما.

الثانى: هل تحرم المزنى بها على أب الزانى وابنه، فيه الاحتمالان السابقان، وإن كان الأظهر الحليه، لقوله تعالى: (وأحل لكم ما وراء ذلكم)((۱))، ولمتواتر النصوص: «لا يفسد الحرام الحلال» بعد شموله للحلال شأناً، كما يظهر من الروايات السابقه، ولذا تحمل ما دل على النهى على الكراهه.

كصحيح أبى بصير، سألته عن الرجل يفجر بالمرأه أتحل لابنه، أو يفجر بها الابن أتحل لأبيه، قال: «إن كان الأب والابن مسها واحد منهما فلا تحل له»((۲)).

وخبر ابن جعفر، عن أخيه (عليهم السلام)، قال: سألته عن رجل زنى بامرأه هل تحل لابنه أن يتزوجها، قال: «لا»((۳)).

ص:۲۰۱

۱- سوره النساء: الآيه ۲۴

۲- الوسائل: ج۱۴ ص۳۲۸ الباب ۹ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۱

۳- الوسائل: ج۱۴ ص۳۲۸ الباب ۹ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۲

وكذا الكلام فى الوطى بالشبهه، فإنه إن كان طارئاً لا

ويؤيد الحليه ما رواه الوسائل، من صحيح الهاشم بن المثنى، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «إن الحرام لا يفسد الحلال»((1)).

وعن حنان بن سدير، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «الحرام لا يفسد الحلال»((2)).

فإنه ذكر هاتين الروايتين فى هذا الباب، ثم قال: (حملهما الشيخ على تأخر الزنا عن التزويج) انتهى، فإن ظاهره أنهما مطلقه وقد وردتا فى هذا الباب، وإلا لم يكن وجه للحمل، بل كان اللازم أن يقول يخصص بصحيحه أبى بصير وغيرها.

ويؤيده أيضاً حصر الصدوق فى المقنع الحرمه فيما إذا كان حلالاً، مما يدل أن الحرام لا يوجب الحرمه، بضميمه أن المقنع متون الروايات، قال: «فإن زنى رجل بامرأه أبيه أو امرأه ابنه، أو بجاريه أبيه أو ابنه، فإن ذلك لا يحرمها على زوجها، ولا تحرم الجاريه على سيدها، وإنما يحرم ذلك إذا كان منه حلالاً، فإذا كان حلالاً فلا تحل تلك الجاريه أبداً لابنه».

والحليه هو ظاهر المستمسك حيث إنه قال بتحريمها على الأب والابن على القول بالحرمه فى بنت المزنى بها وأمها، قال: (لأن الزنا على هذا القول بمنزله الدخول بالعقد الصحيح فلا فرق عند القائلين بالنشر بين المسألتين)، وقد تقدم منه (رحمه الله) احتيار الحليه فى مسأله بنت المزنى بها وأمها، والله سبحانه العالم.

{وكذا الكلام فى الوطى بالشبهه، فإنه إن كان طارئاً} على النكاح {لا

١- الوسائل: ج١۴ ص٣٢۴ الباب ۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح١٠

٢- الوسائل: ج١۴ ص٣٢٩ الباب ٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۴

يوجب الحرمه، وإن كان سابقاً على التزويج أوجبها.

يوجب الحرمه} فإن كانت البنت فى حبالته ثم وطأ أمها شبهةً لم تحرم، للأصل وقوله سبحانه: (وأحل لكم ما وراء ذلكم)((۱))، وقولهم (عليهم السلام): «لا يحرم الحرام الحلال»((۲))، إذا أريد منه الحرام الذاتى.

{وإن كان سابقاً على التزويج} فالمشهور أنه {أوجبها}، والمحكى عن ابن إدريس والشرايع والنافع عدم النشر، وتردد جمع منهم العلامه فى القواعد، والثانى أقرب، للأصل والآيه والروايه.

استدل للحرمه كما فى الجواهر بعد أن قوى الحرمه، بالإجماع المحكى عن التذكره المعتضد بنفى الخلاف فى محكى المبسوط، وبالشهره العظيمه نقلاً وتحصيلاً، بل عن ابن المنذر نسبته إلى علماء الأمصار وعد منهم أصحاب النص وهم الإماميه فالعمده فى تأييده ذلك، انتهى.

وبالآيه الكريمه: (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم)((۳))، بناءً على أن النكاح أعم من الوطى.

وبقولهم (عليهم السلام): «لا يحرم الحرام الحلال»((۴)). فإن مفهومه أن الحلال يحرم الحلال، والوطى بالشبهه حلال.

وفى الكل ما لا يخفى، إذ كيف يتحقق الإجماع مع مخالفه من عرفت.

۱- سوره النساء: الآيه ۲۴
۲- الوسائل: ج۱۴ ص۳۲۵ الباب ۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۱۲
۳- سوره النساء: الآيه ۲۲
۴- الوسائل: ج۱۴ ص۳۲۵ الباب ۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۱۲

قال فی المستمسک: (فإن خلاف الحلی والمحقق وتوقف العلامه فی القواعد مانع من صحه الاعتماد علی الإجماع).

أما الآیه فلا شک فی أن وطی الشبهه خارج من دلالتها.

والحدیث ظاهر فی الحرام الواقعی، والوطی شبهه محرم معذور فیه، ولذا کان تارک الواجب وفاعل المحرم جاهلًا جهلًا عذراً، لفعله القبح وإن لم یکن هناک قبح فاعلی، ولذا منع السید البروجردی ما ذکره الماتن من القوه فی الحرمه.

ثم إنه حیث لم تتحقق الحرمه فی وطی الشبهه لم تتحقق فی مثل وطی المجنون والطفل والنائم والسکران وشارب المرقد، وإن لم یصطلح علی ذلک بوطی الشبهه.

وواطی الشبهه إن علم فی الأثناء فأخرج فوراً لم یکن خارجاً عن وطی الشبهه، أما إن أبقی کان من الزنا، ولم یدخل فی مسأله وطی الشبهه، فإن النتیجه تابعه لأخس المقدمتین.

ومثله ما لو انعکس، کما إذا زنی وغفل فی الأثناء فقطع بأنه وطی لزوجته مثلاً.

ومثل وطی الشبهه فی عدم التحریم ما لو أکره أو جبر أو اضطر إلی الزنا، لأنه «لا یحرم الحرام الحلال»، ولقوله سبحانه: (وأحل لکم ماوراء ذلکم)((۱))، وتتحقق الشبهه بالجهل بالحکم أو الموضوع.

۱- سوره النساء: الآیه ۲۴

مسأله ۲۹ لو زنی بمملوکه أبیه

(مسأله ۲۹): إذا زنی بمملوکه أبیه، فإن کان قبل أن یطأها الأب حرمت علی الأب، وإن کان بعد وطئه لها لم تحرم، وکذا الکلام إذا زنی الأب بمملوکه ابنه.

(مسأله ۲۹): {إذا زنی بمملوکه أبیه، فإن کان قبل أن یطأها الأب حرمت علی الأب} کما عن الشیخ وابن الجنید وابن البراج، وعن القواعد إنه قال: فی التحریم نظر، والأقرب عدم الحرمه، لقوله سبحانه: ﴿وأحل لکم ما وراء ذلکم﴾((۱))، وقولهم (علیهم السلام): «لا یحرم الحرام الحلال»((۲)).

ولما تقدم من خبر زراره، قال أبو جعفر (علیه السلام): «إذا زنی رجل بامرأه أبیه أو بجاریه أبیه، فإن ذلک لا یحرمها علی زوجها، ولا یحرم الجاریه علی سیدها، إنما یحرم ذلک منه إذا أتی الجاریه وهی له حلال فلا تحل تلک الجاریه لابنه ولا لأبیه»((۳)).

والکلام فی المسأله طویل نکتفی منه بهذا القدر.

{وإن کان بعد وطئه لها لم تحرم} کما عن الأکثر، ویدل علیه ما تقدم من الآیه والروایه، وقیل یحرم لعموم قوله تعالی: ﴿ولا تنکحوا ما نکح آباؤکم﴾ وقد تقدم أن ظاهره النکاح لا الوطی.

{وکذا الکلام إذا زنی الأب بمملوکه ابنه} فهی لا تحرم، قبل الدخول کان

ص:۲۰۵

۱- سوره النساء: الآیه ۲۴

۲- الوسائل: ج۱۴ ص۳۲۵ الباب ۶ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۱۲

۳- الوسائل: ج۱۴ ص۳۱۹ الباب ۴ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۱

أو بعد الدخول، للأدله المتقدمه، مع وجود الاختلاف بين الأصحاب هنا، لأن المسألتين عندهم من باب واحد، ولم يظهر لهم تام دليل بالنسبه إلى المنع الذى ذكره جمله منهم فى الأولى أو الثانيه.

ص:٢٠٦

مسأله ۳۰ عدم الفرق فی الزنا بین القبل والدبر

(مسأله ۳۰): لا فرق فی الحکم بین الزنا فی القبل أو الدبر.

(مسأله ۳۰): {لاـ فرق فی الحکم بین الزنا فی القبل أو الـدبر}، والحکم لا إشـکال فیه علی الظاهر کما فی المسـتمسک، وذلک لصدق الزنا فی کلیهما علی القول بالتحریم.

ولأصاله عدم الحرمه علی القول بعدم التحریم لما تقدم دلیله.

ص:۲۰۷

مسأله ۳۱ لو شک فی تحقق الزنا

(مسأله ۳۱): إذا شک فی تحقق الزنا وعدمه بنی علی العدم، وإذا شک فی کونه سابقاً أو لا بنی علی کونه لاحقاً.

(مسأله ۳۱): {إذا شک فی تحقق الزنا وعدمه بنی علی العدم} للأصل، سواء کان من جهه الشک فی الدخول وعدمه، أو شک فی أن المزنی بها کانت هذه أو غیرها، مع عدم وجود علم إجمالی یقتضی الاجتناب عن کلا الطرفین.

{وإذا} علم بالزنا و {شک فی کونه سابقاً أو لاحقاً، بنی علی کونه لاحقاً} فلا حرمه.

ثم إن المراد بکونه لاحقاً إجراء أصاله الصحه فی العقد التی معها لا مجال لتقسیم المسأله إلی ما یعلم تاریخ العقد ویجهل تاریخ الزنا وبالعکس، وما یجهل تاریخهما، کما فعله المستمسک وأشکل لأجله فی صورتی الشک فی تاریخ العقد والعلم بتاریخ الزنا، لأصاله عدم العقد إلی حین الزنا المثبته لکون الزنا محرماً، والشک فی تاریخهما معاً الموجب لسقوط الأصلین، فتکون الشبهه موضوعیه والمرجع فیها إلی أصاله عدم ترتب الأثر علی العقد فیحکم ببطلانه.

ولذا الذی ذکرناه من الصحه مطلقاً، سکت علی المتن الساده ابن العم والبروجردی والجمال وغیرهم.

ص:۲۰۸

مسأله ۳۲ لو علم بأنه زنی بإحداهما

(مسأله ۳۲): إذا علم أنه زنی بإحدی الامرأتین، ولم یدر أیتهما هی، وجب علیه الاحتیاط إذا کان لکل منهما أم أو بنت، وأما إذا لم یکن لإحداهما أم ولا بنت فالظاهر جواز نکاح الأم أو البنت من الأخری.

(مسأله ۳۲): {إذا علم أنه زنی بإحدی الامرأتین، ولم یدر أیتهما هی، وجب علیه الاحتیاط إذا کان لکل منهما أم أو بنت} لأنه مقتضی العلم الإجمالی، ولکن ینبغی اشتراط أن تکون کلتاهما محلاً للابتلاء، وإلا لم یکن العلم منجزاً، کما ذکروه فی الأصول.

{وأما إذا لم یکن لإحداهما أم ولا بنت، فالظاهر جواز نکاح الأم أو البنت من الأخری} لأنه حیث یخرج بعض الأطراف عن محل الابتلاء یکون الباقی بحکم الشبهه البدویه، فیجری فیه أصل الحل.

ومثل عدم الأم والبنت لإحداهما عدم ابتلائه بهما لکفر أو زواج أو ما أشبه مما یعلم استمراره.

وإذا کان أطراف العلم الإجمالی ثلاثه إحداهما لیست محلاً للابتلاء لم ینفع فی انحلال العلم کما هو واضح.

ومثل ما تقدم فی تنجیز العلم، إذا علم بالحرمه لکن إما من جهه الزنا بأمها أو من جهه اللواط بأخیها.

إلی غیر ذلک من فروض العلم الإجمالی.

ص:۲۰۹

مسأله ۳۳ عدم الفرق بين الاختيار والاجبار فى الزنا

(مسأله ۳۳): لا ـ فرق فى الزنى بين كونه اختيارياً أو إجبارياً أو اضطرارياً، ولا ـ بين كونه فى حال النوم أو اليقظه، ولا بين كون الزانى بالغاً أو غير بالغ، وكذا المزنى بها، بل لو أدخلت الا ـ مرأه ذكر الرضيع فى فرجها نشر الحرمه على إشكال، بل لو زنى بالميته فكذلك،

(مسأله ۳۳): {لا ـ فرق فى الزنا بين كونه اختيارياً أو إجبارياً أو اضطرارياً}، وذلك للإطلاق، وإن كان فيه ما عرفت سابقاً من أن دليل رفع الاضطرار والإكراه يوجب عدم كل الأحكام لا العقاب فقط، إذ ظاهر دليل الرفع رفع كل تبعه دنيويه أو أخرويه إلّا ما خرج بنص أو إجماع أو ضروره.

ومنه يعلم الإشكال فى قوله: {ولا ـ فى كونه فى حال النوم أو اليقظه، ولا بين كون الزانى بالغاً أو غير بالغ}، فاللازم عدم الحكم فى زنا النائم وغير البالغ وكذا السكران الفاقد للوعى والمجنون ونحوهم لأدله رفع القلم.

{وكذا المزنى بها} لأنه إذا تحقق الزنا من طرف الرجل فالحرمه حكمه، ولايرتبط الأمر بالمزنى بها.

كما يعلم مما تقدم الإشكال فى قوله: {بل لو أدخلت المرأه ذكر الرضيع فى فرجها نشر الحرمه} إذ ليس ذلك زنا، لما عرفت من رفع القلم عن الصبى.

{على إشكال} حتى عند المصنف، من جهه أنه منصرف عن قوله (عليه السلام) «لو زنا»، فلا يصدق الدليل عليه.

{بل لو زنا بالميته فكذلك} نشر الحرمه عند المصنف لإطلاق الدليل {على

ص:۲۱۰

على إشكال أيضاً، وأشكل من ذلك لو أدخلت ذكر الميت المتصل، وأما لو أدخلت الذكر المقطوع فالظاهر عدم النشر.

إشكال أيضاً} لأن المنصرف من الدليل الزنا بالحى فلا يشمل الزنا بالميته.

{وأشكل من ذلك} فى نشر الحرمه {لو أدخلت ذكر الميت المتصل} لانصراف الدليل عن مثله.

{وأما لو أدخلت الذكر المقطوع} أو أدخل الرجل ذكره فى الفرج المقطوع {فالظاهر عدم النشر} لعدم صدق الزنا.

ولا ينافى ما ذكرناه كون العمل حراماً يوجب حداً أو تعزيراً، لأن مناط كل مقام دليله.

ص:٢١١

مسأله ۳۴ لو طلق الزوجه بعد الزنا

(مسأله ۳۴): إذا کان الزنا لاحقاً فطلقت الزوجه رجعیاً ثم رجع الزوج فی أثناء العده لم یعد سابقاً حتی ینشر الحرمه، لأن الرجوع إعاده الزوجیه الأولی، وأما إذا نکحها بعد الخروج عن العده، أو طلقت بائناً فنکحها بعقد جدید ففی صحه النکاح وعدمها وجهان، من أن الزنا حین وقوعه لم یؤثر فی الحرمه لکونه لاحقاً، فلا أثر له بعد هذا أیضاً، ومن أنه سابق بالنسبه إلی هذا العقد الجدید

(مسأله ۳۴): {إذا کان الزنا لاحقاً فطلقت الزوجه رجعیاً، ثم رجع الزوج فی أثناء العده لم یعد} الزنا {سابقاً حتی ینشر الحرمه} علی القول بنشره للحرمه، {لأن الرجوع إعاده الزوجیه الأولی} بل قد عرفت أن المطلقه رجعیه زوجه فکأنها لم تخرج عن حبالته، فلا یشمله دلیل تحریم الزنا السابق علی العقد، وقد تقدم الکلام فی ذلک فی المسأله السادسه والعشرین.

{وأما إذا نکحها بعد الخروج عن العده، أو طلقت بائناً فنحکها بعقد جدید} أو کان الانفصال بالفسخ أو انقضاء مده المتعه أو بالارتداد {ففی صحه النکاح وعدمها وجهان}، وجه الصحه {من أن الزنا حین وقوعه لم یؤثر فی الحرمه لکونه لاحقاً فلا أثر له بعد هذا أیضاً}، وهذا هو الأقرب، لأن المستفاد من دلیل تحریم الزنا أنه لا تحل المرأه بعده، فإذا کانت له حلالاً لم یکن فرق بین بعده مباشره أو بعده بفاصل.

{ومن أنه سابق بالنسبه إلی هذا العقد الجدید}، وجعله المستمسک أقوی

ص:۲۱۲

والأحوط النشر.

لإطلاق الأدله، وفيه: إنه لا إطلاق لها بعد مركوزيه المناسبه التى ذكرناها بين حل الوطى بعد الزنا مباشرةً وحله بعده بفاصل.

{و} إن كان {الأحوط النشر}، وقد سكت الساده إبن العم والبروجردى والجمال على المتن دليلاً على ترددهم فى المسأله.

نعم لا ينبغى الإشكال فى أنه إذا زنى بها ثانياً كان اللازم التحريم، لأنه زنا ليس بعده حليه.

ثم إنه إذا زنى بالمرأه فانقلبت إلى ذكر، كما تجرى علميات جراحيه فى الحال الحاضر من هذا القبيل، أو لاط بالغلام ثم انقلب انثى، فالظاهر حل البنت والأخت، لأن الحكم يتبع موضوعه والاستصحاب لا مجال له بعد تبدل الموضوع، فتأمل.

ولو لاط بفتاه، ثم انقلبت ذكراً ـ كما رأيناه فى العراق، حيث كانت امرأه تسمى فضيله فأجروا لها عمليه جراحيه فصارت ذكراً وسمى نفسه فاضلاً، وقد جاءنى فى حاله ذكورته وقد نبتت له لحيه، وألف كتاباً حول نفسه بهذا الشأن ـ فهل تحرم أخته وبنته وأمه، الظاهر لا، لأنه لم يلط بالولد، وموضوع النص اللواط بالشاب.

وعليه تكون الثلاثه محرمه على الفاعل إذا فعل حاله الذكوره لا حاله الأنوثه، ومما ذكرنا يعرف حال سائر الفروض.

مسأله ۳۵ لو زوجه فضولا ثم زنى بأمها

(مسأله ۳۵): إذا زوجه رجل امرأه فضولاً فزنى بأمها أو بنتها ثم أجاز العقد، فإن قلنا بالكشف الحقيقى كان الزنا لاحقاً، وإن قلنا بالكشف الحكمى أو النقل كان سابقاً.

(مسأله ۳۵): {إذا زوجه رجل امرأه فضولاً ـ فزنى بأمها أو بنتها} بناءً على أن الزنا ينشر الحرمه {ثم أجاز العقد} بأن كان الزنا متوسطاً بين العقد والإجازه {فإن قلنا بالكشف الحقيقى كان الزنا لاحقاً} إذ الإجازه كشفت عن سبق العقد حقيقه.

{وإن قلنا بالكشف الحكمى} فالظاهر أنه كالكشف الحقيقى، إذ هو محكوم بذلك، وأنه إنما يجيز ما تقدم، ولذا لو افتضها وهو لا يعلم أنها عقدت له لم يكن عليه ديه، كما أنه لم يحد، إلى غير ذلك من الأحكام.

{أو النقل كان سابقاً} لوضوح أنه بناءً على ذلك لم يكن عقد قبل الإجازه.

ص:۲۱۴

مسأله ۳۶ منظوره ومملوسه الأب

(مسأله ۳۶): إذا كـان للأب مملوكه منظوره أو ملموسه له بشـهوه حرمت على ابنه، وكـذا العكس على الأقوى فيهما، بخلاف ما إذا كـان النظر أو اللمس بغير شـهوه، كمـا إذا كان للاختبار أو للطبابه أو كان اتفاقياً، بل وإن أوجب شـهوه أيضاً، نعم لو لمسـها لإثاره الشهوه، كما إذا مس فرجها أو ثديها أو ضمها لتحريك الشهوه، فالظاهر النشر.

(مسأله ۳۶): {إذا كـان للأب مملوكه منظوره أو ملموسه له بشـهوه، حرمت على ابنه} كمـا تقـدم الكلام فى ذلك فى المسأله الثانيه من هذا الفصل.

{وكذا العكس، على الأقوى فيهما}، وهل هذا خاص بالأب أو يشمل الجد احتمالان، وإن كان الأظهر عدم الشمول، لأن الحكم على خلاف الأصل، والمنصرف من النص الأب والابن فقط، فالعمومات هى المحكمه فى ما عداهما.

{بخلاف ما إذا كان النظر أو اللمس بغيره شـهوه} لتقيد النص بالشـهوه، {كما إذا كان للاختبار} هل أنها سـمراء أو بيضاء مثلاً، {أو للطبابه، أو كان اتفاقياً} كما إذا وقع نظره إليها {وإن أوجب شهوه أيضاً} لأنه لا يسمى نظر بشهوه.

{نعم لو لمسـها لإثاره الشـهوه، كما إذا مس فرجها أو ثديها أو ضمها لتحريك الشهوه، فالظاهر النشر} كما لم يستبعده الجواهر، وتبعه المستمسک، وسكت عليه المعلقون، لشمول النص لمثله.

ص:۲۱۵

ثم إن منظوره الأب وملموسته فی الحره، سواء كان اللمس أو النظر حراماً أو حلالاً بأن كانا بشبهه، لا يوجبان إلّا الكراهه بالنسبه إلى الآخر، وإن كان ربما يحتمل ذلك كما سيأتی.

أولاً: للمناط فی المملوكه.

وثانياً: لبعض الروايات:

مثل خبر أبی بصير، قال: سألت عن الرجل يفجر بالمرأه أتحل لابنه، أو يفجر بها الابن أتحل لأبيه، قال: «لا، إن كان الأب أو الابن مسها واحد منهما فلا تحل»((1))، بناءً على أن المراد بالمس اللمس.

وعن محمد بن مسلم، عن أبی عبد الله (عليه السلام)، قال: «إذا جرد الرجل ووضع يده عليها فلا تحل لابنه»((2)).

وثالثاً: لأن النظر واللمس أولى من العقد المحرّم، لكن لا نقول بالحرمه هنا للإجماع فلا أقل من الكراهه.

وفی الكل ما لا يخفى، إذ لا علم بالمناط، وظاهر المس الوطی، وخبر ابن مسلم منصرف إلى الجاريه، ولذا ذكرها الفقهاء فی بابها، والأولويه ممنوعه، وعلى هذا فلا كراهه بالنسبه إلى الحره، والله سبحانه العالم.

1- الوسائل: ج14 ص328 الباب 9 من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح1

2- الوسائل: ج14 ص328 الباب 9 من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح1

مسأله ۳۷ المرأه المملوکه

(مسأله ۳۷): لا تحرم أم المملوکه الملموسه والمنظوره علی اللامس والناظر علی الأقوی، وإن کان الأحوط الاجتناب

(مسأله ۳۷): {لا تحرم أم المرأه المملوکه الملموسه والمنظوره علی اللامس والناظر علی الأقوی} کما هو المشهور، قال فی الشرائع: (ومن نشر به الحرمه یحصر التحریم علی أب اللامس والناظر وابنه خاصه دون أم المنظوره أو الملموسه).

أقول: ویدل علیه بالإضافه إلی الأصل، المطلقات کقوله سبحانه: (وأحل لکم ما وراء ذلکم)((۱))، وغیره.

{وإن کان الأحوط الاجتناب} کما عن أبی علی الفتوی به، ولم یستبعده الجواهر، بل عن الشیخ الإجماع علیه، ولا یخفی ما فی الإجماع، ولذا قال کشف اللثام: إنه ممنوع، ولعل الشیخ أراد به أنه مطابق للنص الآتی، وحیث إن النص مجمع علی العمل به فهو إجماعی، کما وجه الشیخ المرتضی (رحمه الله) أمثال هذه الإجماعات بمثل هذا التوجیه.

وکیف کان، فقد استدل للتحریم بجمله من الروایات:

مثل المروی عن النبی (صلی الله علیه وآله وسلم) قال: «لا ینظر الله إلی رجل نظر إلی فرج امرأه وابنتها»((۲)).

۱- سوره النساء: الآیه ۲۴

۲- المستدرک : ج۲ ص۵۷۸ الباب ۱۸ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۸

كما أن الأحوط اجتناب الربيبه الملموسه أو المنظوره أمها، وإن

وعنه (صلى الله عليه وآله وسلم): «من كشف قناع امرأه حرمت عليه أمها وبنتها»((١)).

ويرد على ذلك أولاً: ضعف السند.

وثانياً: في الحديث الأول ذكر النظر إلى موضع خاص، فكيف يستفاد منه الإطلاق.

وثالثاً: إنه كنايه عن الجماع، وإلّا فمن الواضح أن الربيبه لا تحرم بمجرد عقد الأم، فقد نظر إلى فرجها فرج ابنتها، وكشف القناع عنها ولم تحرم ابنتها، كما سيأتي.

أما الروايات الوارده في أم الزوجه، وأنه ليس له أن يتزوج البنت، فليست مربوطه بأم المرأه المملوسه والمنظوره، ولا قطع بالمناط كما لا يخفى.

{كما أن الأحوط اجتناب الربيبه الملموسه أو المنظوره أمها}، بل في الجواهر قوى التحريم وجعل النظر واللمس قائماً مقام الوطي، واستدل له بصحيح ابن مسلم: سئل أحدهما (عليهما السلام) عن رجل تزوج امرأه فنظر إلى رأسها وبعض جسدها أيتزوج ابنتها، قال (عليه السلام): «لا، إذا رأى منها ما يحرم على غيره فليس له أن يتزوج ابنتها»((٢)).

١- المستدرك : ج٢ ص٥٧٩ الباب ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح٦

٢- الوسائل: ج١٤ ص٣٥٣ الباب ١٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح١

كان الأقوى عدمه

وخبر أبى الربيع، قال: سئل أبو عبد الله (عليه السلام) عن رجل تزوج امرأه فمكث معها أياماً لا يستطيعها غير أنه قد رأى منها ما يحرم على غيره ثم يطلقها، أيصح له أن يتزوج ابنتها، قال: «أيصلح له وقد رأى من أمها ما رأى»((1)).

ومثله موثق محمد بن مسلم، عن أبى جعفر (عليه السلام)((2)).

ثم إنه وإن لم يذكر فى هذه الروايات اللمس، إلاّ أنه مشمول لها بطريق أولى.

{وإن كان الأقوى عدمه} كما هو المشهور، بل فى المستمسك إنه ظاهر الأصحاب، حيث اشترطوا فى تحريم الربيبه الدخول بأمها.

وكيف كان، يدل على المشهور الآيه الكريمه: (فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم)((3))، فإنه كالصريح فى أن الميزان الدخول فقط.

ولوكان اللمس والنظر محرِّمان كان اللازم سبق التحريم على الدخول، لأنهما سابقان على الدخول إلاّ فى النادر جداً، حيث لا يكون لمس الحشفه للموضع قبل دخولها وحصول التقاء الختانين، إذ لا يراد باللمس لمس اليد، بل الجسم فى الجمله الشامل للمس الحشفه.

ومنه يظهر أنه لو لم يحمل صحيح ابن مسلم على الكراهه كان معارضاً لظاهر الكتاب، مما يوجب رد علمه إلى أهله.

بالإضافه إلى صحيح العيص بن

1- الوسائل: ج14 ص353 الباب 19 من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح2

2- الوسائل: ج14 ص353 الباب 19 من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح2

3- سوره النساء: الآيه 23

بل قد يقال: إن اللمس والنظر يقومان مقام الوطى فى كل مورد يكون الوطى ناشراً للحرمه

القاسم قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام)، عن رجل باشر إمرأته وقبّل غير أنه لم يفض إليها ثم تزوج ابنتها، قال: «إن لم يكن أفضى إلى الأم فلاب أس، وإن كان أفضى فلا يتزوج ابنتها»((١)).

والقول بأن الموجود فى نسخه (باشر امرأه) لا (امرأته) فيدل على الأجنبيه، يرد عليه:

أولاً: إن الموجود فى نسخنا (امرأته).

وثانيا: إن (امرأه) أعم من الأجنبيه، وبعد ذلک لا حاجه إلى إسقاط صحيح ابن مسلم بالإعراض، كما فعله بعض الفقهاء.

هذا بالإضافه إلى الروايات المصرحه بدوران الأمر مدار الدخول وجوداً وعدماً، كقول الصادق (عليه السلام) فى روايه الدعائم: «هى ابنه امرأته عليه حرام إذا كان دخل بأمها، فإن لم يكن دخل بأمها فتزويجها له حلال»((٢))، ولذا أفتى غير واحد بالكراهه حتى من المحدثين كالوسائل والمستدرک.

{بل قد يقال: إن اللمس والنظر يقومان مقام الوطى فى كل مورد يكون الوطى ناشراً للحرمه}، لكن عن المسالک إنه لم يقف على القائل بالتحريم، وإنه قول ضعيف جداً لا دليل عليه.

١- الوسائل: ج١٤ ص٣٥٤ الباب ١٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح٣
٢- المستدر ک : ج٢ ص٥٧٨ الباب ١٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح٢

فتحرم الأجنبيه الملموسه أو المنظوره شبهه أو حراماً على الأب والابن، وتحرم أمها وبنتها حره كانت أو أمه، وهو وإن كان أحوط إلاّ أن الأقوى خلافه، وعلى ما ذكر فتنحصر الحرمه فى مملوكه كل من الأب والابن على الآخر إذا كانت ملموسه أو منظوره بشهوه.

{فتحرم الأجنبيه الملموسه أو المنظوره شبهةً أو حراماً على الأب والابن، وتحرم أمها وبنتها حره كانت أو أمه، وهو وإن كان أحوط إلا أن الأقوى خلافه} للإطلاقات والعمومات، بل عرفت أن قول الجواهر نادر.

{وعلى ما ذكر فتنحصر الحرمه فى مملوكه كل من الأب والابن على الآخر إذا كانت ملموسه أو منظوره بشهوه} لأنه المنصرف من الأدله.

أما إذا وقع نظره أو لمسها لإنقاذها من الغرق ونحوه لم يكن يوجب الحرمه على القول به، وكذا بالنسبه إلى الحره كراهةً أو تحريماً على قول الجواهر، وإطلاق الأدله المتقدمه بالنسبه إلى كل نظر أو لمس منصرف إلى ذلك.

ص:۲۲۱

مسأله ۳۸ النظر واللمس بشهوه

(مسأله ۳۸): فی إیجاب النظر أو اللمس إلی الوجه والکفین إذا کان بشهوه نظر، والأقوی العدم.

(مسأله ۳۸): {فی إیجاب النظر أو اللمس إلی الوجه والکفین إذا کان بشهوه نظر، والأقوی العدم} لأصاله الحل بعد انصراف الأدله المانعه عن ذلک، لأن ما ذکر فیها کان التقبیل والکشف والتجرید ونحوهما مما لا یصدق علی المقام.

والظاهر أن مراده من استثناء الوجه والکفین ما إذا کان بالنظر لا بمثل المس کوضع خده علی خدها وقرصها ونحوهما، کما أشار إلیه المستمسک، وقد أشار السیدان ابن العم والبروجردی إلی أن استثناء الوجه والکفین إنما هو فی النظر.

نعم یمکن أن یقال: إن لمس ما یجوز النظر إلیه جائز إذا لم یکن بشهوه، کما ذکرناه فی مسأله اللمس بدلیل بعض الروایات فی غسل غیر المحرم.

ثم إن المنصرف من اللمس الموجب للکراهه أو الحرمه هو ما إذا کان للجسد، لا ما إذا لمس ثوبها ونحو ذلک، وقد تقدم فی مسأله النظر واللمس فروع تنفع فی المقام أیضاً.

مسأله ۳۹ یحرم الجمع بین الأختین

(مسأله ۳۹): لا یجوز الجمع بین الأختین فی النکاح

(مسأله ۳۹): {لا ـ یجوز الجمع بین الأـختین فی النکـاح} بلاـ إشـکال ولاخلاـف من أحـد، بل الإجماعات علیه متواتره، وهو من ضروریات دین الإسلام، ویدل علیه قوله تعالی: (وأن تجمعوا بین الأختین)((۱)).

ومتواتر الروایات:

ففی صـحیحه محمـد بن قیس، عن أبی جعفر (علیه السـلام)، قال: «قضـی أمیر المؤمنین (علیه السـلام) فی أختین نکـح إحداهما رجـل ثم طلقهـا وهی حبلی، ثم خطب أختهـا فجمعهمـا قبـل أن تضع أختهـا المطلقه ولـدها، فأمره أن یفارق الأخیره حتی تضع أختها المطلقه ولدها، ثم یخطبها ویصدقها صداقاً مرتین»((۲)).

أقول: مره لأجل الشبهه، والثانیه لأجل النکاح.

وعن مروان بن دینـار قـال: قلت لأـبی إبراهیم (علیه السـلام): لأـی عله لاـ یجـوز للرجـل أن یجمع بین الأـختین، قـال: «لتحصـین الإسلام وفی سائر الأدیان یری ذلک»((۳)).

أقول: المراد تحصینه عن دنایا الأمور، فإن الجمع بینهما یوجب التشاجر المنتهی إلی قطع الرحم بینهما وبین أولادهما.

وعن جمیل بن دراج، عن أبی عبـد الله (علیه السـلام)، فی رجل تزوج أختین فی عقـده واحده، قال: «یمسک أیتهما شاء ویخلی سبیل الأخری»((۴)).

۱- سوره النساء: الآیه ۲۳

۲- الوسائل: ج۱۴ ص۳۶۶ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۱

۳- الوسائل: ج۱۴ ص۳۶۷ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۳

۴- الوسائل: ج۱۴ ص۳۶۷ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۱

ومرسله عن بعض أصحابه، عن أحدهما (عليهما السلام)، أنه قال: فی رجل تزوج أختين فی عقده واحده، قال (عليه السلام): «هو بالخيار يمسک أيهما شاء ويخلی سبيل الأخری»((1)).

إلی غيرها من الروايات التی تأتی جمله منها فی ثنايا البحث إن شاء الله.

ثم إنه لا يبعد أن يكون الجمع بين الأختين فی الزنا أشد حرمه، وإن لم يكن له حد أكثر، وكذلک الزنا بالأم والبنت مثلاً، لما يستفاد من تحريم ذلک من أنه مع الحليه الشأنيه لإحداهما يكون الثانی حراماً فكيف بالحرمه الفعليه.

{دواماً أو متعةً} بلا خلاف ولا إشكال، لصحيح البزنطی، عن الرضا (عليه السلام)، قال: سألته عن رجل تكون عنده امرأه يحل له أن يتزوج أختها متعةً، قال (عليه السلام): «لا»((2)).

والروايه وإن تضمنت كون إحداهما دائماً والأخری متعه، إلّا أن المناط فيها بالإضافه إلی إطلاقات النص والفتوی، يعطی عدم الفرق بين أن تكونا دائمتين أو متعتين أو بالاختلاف.

وما فی خبر منصور الصيقل، عن أبی عبد الله (عليه السلام): «لا بأس بالرجل أن يتمتع أختين»((3))، فالمنصرف منه متعتهما بالتفريق.

١- الوسائل: ج١٤ ص٣٦٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح٢
٢- الوسائل: ج١٤ ص٣٦٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۴
٣- الوسائل: ج١۴ ص٣٧٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح٢

سواء كانتا نسبيتين أو رضاعيتين أو مختلفتين، وكذا لا يجوز الجمع بينهما فى الملك مع وطئهما

{سواء كانتا نسبيتين أو رضاعيتين} بلا إشكال ولا خلاف، ويدل عليه بالإضافه إلى عموم «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»((١))، صحيح أبى عبيده، قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «لا تنكح المرأه على عمتها، ولا على خالتها، ولا على أختها من الرضاعه»((٢)).

أما إذا كانتا ولدى زنا أو إحداهما كذلك فالظاهر المنع، لإطلاق الأدله التى اتخذت فى موضوعها الأخت عرفاً، ولذا قالوا: لا يجوز أن يتخذ الإنسان ابنته المخلوقه من ماء الزنا، أما كون العاهر له الحجر فلا ينافى ذلك، لأن انقطاع النسب فى الإرث ونحوه بدليل، لا يستلزم عدم صدق البنت والأخت ونحوهما حتى يبيح الزواج.

ومنه يعلم الحرمه فى الأختين الموطوءه شبهةً فى إحداهما أو كلتيهما {أو مختلفتين} جعله السيد الحكيم من غلط النسخه، أما السيد البروجردى فقد قال: أى مختلفتى الانتساب إلى أبيهما أو أمهما الذى هو الملاك لكونهما أختين.

{وكذا لا يجوز الجمع بينهما فى الملك مع وطئهما} فإذا كانتا له ووطأ إحداهما لم يجز له وطى الأخرى بلا إشكال ولا خلاف، بل عن الكشف اللثام والجواهر الإجماع عليه، ويدل عليه قوله سبحانه: (وأن تجمعوا بين الأختين)((٣))،

١- الوسائل: ج١۴ ص٣٢۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح٣

٢- الوسائل: ج١۴ ص٣٧۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح٨

٣- سوره النساء: الآيه ٢٣

وأما الجمع بينهما فی مجرد الملک من غیر وطی فلا مانع منه

فإن وطیهما یوجب صدق أنه جمع بین الأختین.

بالإضافه إلی متواتر الروایات.

کموثق الحلبی، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، قال: قلت له: الرجل یشتری الأختین فیطأ إحداهما ثم یطأ الأخری بجهاله، قال (علیه السلام): «إذا وطأ الأخیره بجهاله لم تحرم علیه الأولی، وإن وطأ الأخیره وهو یعلم أنها علیه حرام حرمتا علیه جمیعاً»((1)).

وخبر عبد الغفار الطائی، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، فی رجل کانت عنده أختان فوطأ إحداهما ثم أراد أن یطأ الأخری، قال: «یخرجها عن ملکه»، قلت: إلی من، قال: «إلی بعض أهله»، قلت: فإن جهل ذلک حتی وطأها، قال: «حرمتا علیه کلتاهما»((2)).

إلی غیرها من الروایات الکثیره التی توجب حمل ما دل علی الجواز علی بعض المحامل.

کصحیح علی بن یقطین، قال: سألت أبا إبراهیم (علیه السلام) عن أختین مملوکتین وجمعهما، قال: «تستقیم ولا أحبه لک»، فإنه محمول علی التقیه، کما ذکره غیر واحد، أو علی النهی عن الجمع بینهما فی الملک کراههً مخافه أن یطأهما.

ثم المراد بوطئهما أعم من القبل والدبر للإطلاق.

{وأما الجمع بینهما فی مجرد الملک من غیر وطی فلا مانع منه} بلا إشکال

١- الوسائل: ج١۴ ص٣٧٢ الباب ٢٩ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۵

٢- الوسائل: ج١۴ ص٣٧٢ الباب ٢٩ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۶

وهـل يجوز الجمع بينهمـا فى الملـك مع اسـتمتاع بمـا دون الوطى، بـأن لم يطأهما، أو وطأ إحـداهما واسـتمتع بالأخرى بما دون الوطى، فيه نظر، مقتضى بعض النصوص الجواز

ولاخلاف، بل عن المسالك والتـذكره وغيرهما الإجماع عليه، ويـدل عليه إطلاقات الملك وجمله من الروايات السابقه والآتيه، كما يجوز له أن يتملك إحداهما ويعقد على الأخرى بدون وطى كلتيهما، كما سيأتى الكلام فيه.

وكذا لو كانتا محللتين له بدون وطيهما، أو كانت إحداهما ملكاً أو عقداً، والأخرى محلله.

{وهـل يجوز الجمع بينهمـا فى الملـك مع الاسـتمتاع بمـا دون الوطى بأن لم يطأهما} وإنما اسـتمتع بكلتيهما {أو وطأ إحـداهما واستمتع بالأخرى بمـا دون الوطى، فيه نظر} لأنه من الجمع بين الأختين عرفاً، فيشـمله دليل المنع، بل أفتى بـذلك بعض، وفى جامع المقاصد إنه لا خلاف فيه، وفى المسالك إنه لا قائل بالفصل بين الوطى والاستمتاع.

لكن {ومقتضى بعض النصوص الجواز}، وهو ما رواه العياشى فى تفسيره، كما فى الوسائل، عن عيسى بن عبد الله، قال: سئل أبو عبـد الله (عليه السـلام) عن أختين مملوكتين ينكـح إحـداهما أتحـل له الأخرى، فقـال: «ليس له أن ينكـح الأخرى إلاّ فيما دون الفرج، وإن لـم يفعـل فهـو خير لـه، نظير تلـك المرأه تحيض فتحرم على زوجهـا أن يأتيهـا فى فرجهـا لقـول الله عز وجـل: (ولا تقربوهن حتى يطهرن) وقال:

وهو الأقوی، لکن الأحوط العدم.

(وأن تجمعوا بین الأختین إلاّ ما قد سلف)((1)) یعنی فی النکاح، فیستقیم للرجل أن یأتی امرأته وهی حائض فیما دون الفرج»((2)).

{و} الجواز {هو الأقوی} لإطلاق أدله الاستمتاع بالمملوکه، وإنما الخارج بالنص والإجماع الوطی فیقی الباقی.

وهل یقال: إنه لا یجوز أن ینظر إلی الثانیه إلی ما لا یحل لغیر المولی والزوج النظر إلیه منها، وأی فرق بین الأمرین.

وعلیه فالتحریم إنما هو لدلیل اجتهادی هو المستند فی دعوی المسالک وجامع المقاصد، ومثله لیس بحجه، ولذا سکت الساده ابن العم والبروجردی والجمال والاصطهباناتی علی المتن، وإن کان ظاهر المستمسک المنع.

{لکن الأحوط} مع ذلک کله {العدم}.

ولا یبعد انسحاب ماذکرناه هنا إلی المملوکتین أماً وبنتاً، وعمهً وخالهً، وبنتی أخیها وأختها، إلی غیر ذلک.

ثم الظاهر إنه لا یجوز تزویج أختین مسیحیتین مثلاً ممن تری جواز ذلک، فلا تشمل المقام قاعده «ألزموهم» فإنه خارج بالإجماع، کخروج الأم والبنت والأخت وما أشبه للرجل، إذا کن مجوسیات أو نحوهن یرین جواز ذلک.

وکما أنه یحرم الجمع بین الأختین، یحرم الجمع بین الأخوات نصاً وإجماعاً، فإنه لا فرق بین الاثنتین والأکثر.

1- سوره النساء: الآیه 23

2- الوسائل: ج 20 ص486 ب29 من أبواب تحریم الجمع بین الأختین... ح26157 ط آل البیت

مسأله ۴۰ لو تزوج أختا وملك أختا

(مسأله ۴۰): لو تزوج بإحدى الأختين وتملك الأخرى، لا يجوز له وطی المملوکه إلّا بعد طلاق المزوجه وخروجها عن العده إن کانت رجعیه، فلو وطأها قبل ذلک فعل حراماً، لکن لا تحرم علیه الزوجه بذلک.

(مسأله ۴۰): {لو تزوج بإحدى الأختين وتملك الأخرى، لا يجوز له وطی المملوکه إلّا بعد طلاق المزوجه وخروجها عن العده إن کانت رجعیه} کما هو المشهور بینهم، وذلک لشمول أدله الزواج للأولی، وشمول أدله الملک للأخری، ولأن وطی الثانیه یکون جمعاً بین الأختین علی ما استفید من أخبار تملک الأختین، حیث منعت عن وطیهما مع إجازتها وطی إحداهما، فإذا ملکت الثانیه لم یحل وطیها وإن لم یطأ المعقوده، إذ المستفاد من الأدله أن العقد کالوطی، فکما لا یجوز عقد الأختین ولا وطیهما، کذلک لا یصح عقد أخت ووطی أخت بالملک.

وإنما لا نقول بخروج المعقوده عن العقد فسخاً إذا وطأ المملوکه، لأن العقد وجواز الوطی للأولی مستصحبان، وحیث لا یمکن الجمع حرمت الثانیه وطیاً، فإذا خرجت الأولی بفسخ أو انقضاء مده المتعه أو انقضاء مده الرجعه فی الطلاق الرجعی جاز له وطی الثانیه.

أما إذا کانت العده بائنه فهی خارجه من حین الطلاق.

{فلو وطأها قبل ذلک فعل حراماً، لکن لا تحرم علیه الزوجه بذلک} لقولهم (علیهم السلام): «الحرام لا یحرم الحلال»، ولمکان استصحاب الحلیه، ولذا صرح الجواهر وغیره بذلک.

ص:۲۲۹

ولا يحد حد الزنا بوطى المملوكه، بل يعزر، فيكون حرمه وطيها كحرمه وطى الحائض.

{ولايحد حد الزنا بوطى المملوكه} لأنه ليس بزنا، بل حرام آخر، فإن الزنا كما يستفاد من النص والفتوى مالم يكن عقداً ولا ملكاً ولا شبههً.

{نعم} حيث فعل الحرام {يعزر} كما هو فى كل حرام.

قال فى المستمسک: (ولزوم الحد فى وطى الأمه المزوجه للإجماع والنص).

أقول: بالإضافه إلى أنه يصدق عرفاً عليه أنه زنى، لمكان زوجيه الغير.

{فيكون حرمه وطيها كحرمه وطى الحائض} والوطى فى حال الصوم والإحرام والاعتكاف وما أشبه، حرام فيه تعزير، وليس زنا فيه حد.

مسأله ۴۱ وطی إحدی الأختین

(مسأله ۴۱): لو وطأ إحدی الأختین بالملک، ثم تزوج الأخری، فالأظهر بطلان التزویج، وقد یقال:

(مسأله ۴۱): {لو وطأ إحدی الأختین بالملک، ثم تزوج الأخری} قبل أن یخرج الأولی عن ملکه {فالأظهر بطلان التزویج} لما تقدم من أن الوطی کالعقد لا یصح الجمع بینه وبین العقد، فإذا عقد علی إحداهما لا یجوز وطی الأخری، وإذا وطأ إحداهما لا یجوز تزویج الأخری، ومعنی لا یجوز الوضع لا التکلیف فقط، إذ هو معناه فی المعاملات ونحوها، ولذا کان قوله سبحانه: (ولا تنکحوا ما نکح آباؤکم)([(۱)]())، دالاً علی البطلان، ومثله غیره.

وإنما قلنا بأن إخراج الأولی عن ملکه کاف فی صحه نکاح الأخری، لما دل علی ذلک.

فقد روی ابن سنان، قال: سمعت أبا عبد الله (علیه السلام) یقول: «إذا کان عند الرجل الأختان المملوکتان فنکح إحداهما ثم بدا له فی الثانیه فنکحها فلیس ینبغی له أن ینکح الأخری حتی تخرج الأولی عن ملکه، یهبها أو یبیعها، فإن وهبها لولده یجزیه»([(۲)]()).

ومثله غیره.

{وقد یقال} والقائل المبسوط والمختلف والتحریر، وظاهر المسالک المیل إلیه، کما حکی عنهم،

۱- سوره النساء: الآیه ۲۲

۲- الوسائل: ج۱۴ ص۳۷۱ الباب ۲۹ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۱

بصحته وحرمه وطی الأولی إلّا بعد طلاق الثانیه.

{بصحته وحرمه وطی الأولی إلّا بعد طلاق الثانیه}، واستدل لذلک بأمرین:

الأول: إن التزویج أقوی من ملک الیمین، فإذا تزاحما قدم التزویج، وإنما کان التزویج أقوی لکثره الأحکام التی تلحق به ولا تلحق بالملک، کعدم جواز الأکثر من الأربع والقسم والطلاق والظهار والإیلاء وغیرها.

الثانی: الروایات الداله علی حرمه الأولی بوطی الثانیه، فلیکن زواج الثانیه بمنزله وطیها، کصحیحه الحلبی، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، قلت له: الرجل یشتری الأختین فیطأ إحداهما ثم یطأ الأخری بجهاله، قال: «إذا وطأ الأخیره بجهاله لم تحرم علیه الأولی، وإن وطأ الأخیره وهو یعلم أنها علیه حرام حرمتا علیه جمیعاً»((١)).

وخبر أبی بصیر، قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن رجل کانت له أختان مملوکتان فوطأ إحداهما ثم وطأ الأخری أیرجع إلی الأولی فیطؤها، قال: «إذا وطأ الثانیه فقد حرمت علیه الأولی حتی تموت، أو یبیع الثانیه من غیر أن یبیعها من شهوه لأجل أن یرجع إلی الأولی»((٢)).

ومثلهما غیرهما.

ویرد علی الأول: إنه لا دلیل علی أن التزویج أقوی من الملک، والأحکام المذکوره لا تدل علی الترجیح بحیث یوجب التزاحم بینهما تقدیم التزویج، فإنه أشبه بالقیاس.

١- الوسائل: ج١۴ ص٣٧٢ الباب ٢٩ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۵

٢- الوسائل: ج١۴ ص٣٧٣ الباب ٢٩ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح٧

وعلى الثـانى: إن انسـحاب الحكـم مـن المملوكـتين إلى مملـوكه ومزوجـه لاـ قطـع به، بالإضـافه إلى أن فى جمله من الروايـات حرمتهما معاً، مثل الروايات الثانيه وغيرها.

وعليه فاستصحاب حليه الوطى بالنسبه إلى الأولى محكمه، والأحوط اجتنابهما وطلاق الثانيه.

وهنا قول ثالث ذكره ابن العم، وهو صـحه التزويـج وحرمه وطى الثانيه ما دامت الأولى فى ملكه، وكأنه لأصاله الصـحه، فهو كما إذا تزوج الأولى واشترى الثانيه، فإنه لا يجوز وطيهما معاً، وفى المقام كذلك.

ص:٢٣٣

مسأله ۴۲ لو تزوج بأخت ثانیه بعد الزواج بالأولی

(مسأله ۴۲): لو تزوج بإحدی الأختین ثم تزوج بالأخری بطل عقد الثانیه

(مسأله ۴۲): {لو تزوج بإحدی الأختین ثم تزوج بالأخری} عالماً بالحکم والموضوع أو جاهلاً بهما أو بالاختلاف {بطل عقد الثانیه}، عن کاشف اللثام إنه قطعی، وفی الجواهر بلا إشکال ولا خلاف، وفی المستمسک قررهما بعد نقلهما.

ویدل علیه أنه مصداق الجمع، فتنفیه الآیه المبارکه، إلّا أن یقال: إن رفع الجمع یکون برفع إحداهما، لا الثانیه خاصه.

ویقتضی ذلک صحیح ابن مسکان، عن أبی بکر الحضرمی، قال: قلت لأبی جعفر (علیه السلام): رجل نکح امرأه ثم أتی أرضاً فنکح أختها ولا یعلم، قال: «یمسک أیتهما شاء ویخلی فی سبیل الله الأخری»((۱)).

لکن یعارض ذلک صحیحه زراره بن أعین، قال: سألت أبا جعفر (علیه السلام) عن رجل تزوج امرأه فی العراق ثم خرج إلی الشام فتزوج امرأه أخری، فإذا هی أخت امرأته التی بالعراق، قال: «یفرق بینه وبین المرأه التی تزوجها بالشام، ولا یقرب المرأه العراقیه حتی تنقضی عده الشامیه»، قلت: فإن تزوج امرأه ثم تزوج أمها وهو لا یعلم أنها أمها، قال: «قد وضع الله تعالی عنه جهالته بذلک»، ثم قال: «إن علم أنها أمها فلا یقربها، ولا یقرب الابنه حتی تنقضی عده الأم عنه، فإذا انقضت عده الأم حل له نکاح الابنه»((۲)).

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۳۶۹ الباب ۲۶ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۲

۲- الوسائل: ج۱۴ ص۳۶۸ الباب ۲۶ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۱

سواء کـان بعـد وطی الأـولی أو قبله، ولاـ یحرم بـذلک وطی الأـولی وإن کان قـد دخل بالثانیه، نعم لو دخل بها مع الجهل بأنها أخت الأولی یکره له وطی الأولی قبل خروج الثانیه عن العده، بل قیل یحرم للنص

أقول: أی حل وطی الابنه.

وفی خبر الـدعائم، عن الباقر (علیه السـلام)، قال: «ولو أن رجلاً نکح امرأه ثم أتی أرضاً أخری فنکح أختها وهو لا یعلم فعلیه إذا علم أن ینزع عنها»((۱)).

أقول: مقتضـی الجمع بین الطائفتین أفضـلیه ترک الثانیه، إلّا أن إطباقهم علی بطلان الثانیه، وتؤیـد ذلک بروایات تزویـج الأخت فی عده الأخت الأولی کما سـیأتی، أوجب حمل روایه الحضرمی علی ما ذکره الشیخ، من أنه إذا أراد إمساک الأولی فلیمسکها بالعقـد الثابت المسـتقر، وإن أراد إمساک الثانیه فلیطلق الأولی ثم یمسک الثانیه بعقد مسـتأنف، فإن هذا التوجیه علی بعده أولی من الطرح.

{سواء کـان بعـد وطی الأـولی أو قبله} لإطلاق النص والفتوی، {ولا یحرم بـذلک} التزویـج للثانیه {وطی الأولی، وإن کان قد دخل بالثانیه} لأن الحرام لا یحرم الحلال.

{نعم لو دخل بها مع الجهل بأنها أخت الأولی، یکره له وطی الأولی قبل خروج الثانیه عن العده}، عده الحمل إن حملت، وعده الوطی دواماً أو متعهً

ص:۲۳۵

۱- المستدرک : ج۲ ص۵۸۰ الباب ۲۶ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۳

الصحیح وهو الأحوط.

إن لم تحمل، وإنما قلنا بالکراهه لصحیح زراره المتقدم، بعد حمله علی الکراهه لإعراض المعظم عن ظاهره الدال علی التحریم، ولعل وجه إعراضهم الاستصحاب وقاعده «الحرام لا یحرم الحلال» وغیر ذلک.

{بل قبل یحرم} کما عن الشیخ فی نهایته، وابنی حمزه والبراج {للنص الصحیح} أی روایه زراره {وهو الأحوط}.

لکن لا ـ یخفی أن الاجتناب عن الأولی إنما یکون إذا وطأ الثانیه، إذ لا عده بدون الوطی، وینبغی أن یقید ذلک بما إذا جهل بالحکم أو الموضوع أو کلیهما.

أما إذا کان عالماً عامداً أنه لا یصح نکاح الأخت، کان عمله زنا ولا احترام لوطی الزانی فلا عده لها، ولذا جاز له وطی الأولی بدون عده للثانیه.

ثم إنه إذا طلق الأولی فی عده الثانیه، فهل یصح له الرجوع، أو نکاحها فی عده الثانیه، لها صور:

الأولی: أن یکون طلاقها بدون عده لکونها صغیره أو یائسه أو غیر مدخول بها، وینبغی أن یقال بعدم صحه نکاحها، لأنه لا یصح نکاح الأخت فی عده الأخت.

الثانیه: أن یکون طلاقها مع عده رجعیه، والظاهر جواز رجوعه إلیها لأن المطلقه رجعیه زوجه.

الثالثه: أن یکون طلاقها مع عده بائنه کالخلع، وفیه احتمالان، عدم جواز النکاح

بسبب عده الثانيه، وجوازه لأن النكاح لا يزيد عن دخول الأولى فى حبالته كما كانت، فكما صح بقاؤها فى حبالته بعد وطى الثانيه، كذلك صح إدخالها فى حبالته من جديد، وهذا هو الأقرب، وقد مر مثله فى بعض المسائل السابقه.

ص:۲۳۷

مسأله ۴۳ لو تزوج الأختين

(مسأله ۴۳): لو تزوج الأختين ولم يعلم السابق واللاحق، فإن علم تاريخ أحد العقدين حكم بصحته دون المجهول، وإن جهل تاريخهما حرم عليه وطيهما،

(مسأله ۴۳): {لو تزوج الأختين ولو يعلم السابق واللاحق، فإن علم تاريخ أحد العقدين حكم بصحته دون} ما جهل تاريخه، وذلك لأصاله عدم تزويج الأخرى إلى حينه، فيشمل عقد معلوم التاريخ إطلاقات الأدله، فإن العقد على المرأه صحيح إذا لم يكن عقد على أختها، فإذا جرى أصل عدم العقد على الأخت وانضم إلى العقد على المعلوم التاريخ أثمر صحه المعلوم، كما أثمر بطلان {المجهول}.

وإن شك في السبق والتقارن، فله صورتان:

الأولى: مع علمه بأنه لو كان سابق فهو عقد (فاطمه) ترك الثانيه (رقيه) مثلا، وصح عقد فاطمه، لأن عقدها لو كان السابق صح، وإن كان المقارن أبطل عقد رقيه وصح فاطمه أيضاً، لما سيأتي من أنه لو عقدهما في عقد واحد اختار إحداهما.

الثانيه: مع عدم علمه بذلك، فإن علم تاريخ أحدهما وجهل تاريخ الآخر، اختار معلوم التاريخ، فإن كان مقارناً صح، وإن كان غير مقارن في الواقع كان أصل عدم تزويج الآخر إلى حين عقد هذه محكماً.

{وإن جهل تاريخهما حرم عليه وطيهما} للعلم الإجمالي، لكن يعارض ذلك العلم الإجمالي بوجوب وطي إحداهما في كل أربعه أشهر مره، فكل واحده

وكذا وطی إحداهما إلاّ بعد طلاقهما أو طلاق الزوجه الواقعیه منهما، ثم تزویج من شاء منهما بعقد جدید بعد خروج الأخری عن العده، إن کان دخل بها أو بهما

منهما إما حرام الوطی أو واجب الوطی، فیکون حالهما حال منذوره الفعل أو الترک، ومقتضی القاعده وإن کان مخیراً، إلاّ أن أهمیه الفروج تمنع عن ذلک، فلا یبقی إلاّ القرعه وهی مقتضی القاعده، أو طلاق المنکوحه منهما وعقد من شاء منهما من جدید، وإذا طلقها فعلیه إعطاء المهر الواحد لهما نصفین، لما ذکرناه فی کتاب الخمس وغیره من أن الشک فی المالیات المقارن للعلم الإجمالی لا یوجب الاحتیاط، بل التوزیع.

{وکذا} یحرم {وطی إحداهما إلاّ بعد طلاقهما} بأن یطلق کل واحده باحتمال الزوجیه، وإلا فمن الواضح أن إحداهما لیست بزوجه، {أو طلاق الزوجه الواقعیه منهما} إذ لا یعتبر فی الطلاق العلم المعین لأصاله عدمه بعد شمول الأدله للمجهول، {ثم تزوج من شاء منهما بعقد جدید}.

ثم إنه إذا جهل نکاح أیه الأختین وکانتا من أُمین، حرم علیه أیضاً کلتا الأُمین، إلاّ إذا قلنا بالقرعه، فیترتب علیها کل الآثار.

ثم إنما یصح نکاح جدید علی إحداهما {بعد خروج الأخری عن العده} لاحتمال أن تکون الأخری هی الزوجه الواقعیه فلا یجوز تزویج أختها إلاّ بعد خروجها عن العده إذا کان دخل بها وکان الطلاق رجعیاً.

{إن کان دخل بها أو بهما} وإلا فلا عده، وکذا إذا کانت العده بائنه، إذ یجوز نکاح أخت الزوجه بعد انفصالها بالعده البائنه.

وهل يجبر على هذا الطلاق دفعاً لضرر الصبر عليهما، لا يبعد ذلک لقوله تعالی: (فَإِمْساکٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسانٍ)

{وهل يجبر على هذا الطلاق دفعاً لضرر الصبر عليهما}، احتمالان، بل قولان:

الأول: الوجوب، وهذا اختاره المصنف بقوله: {لا يبعد ذلک} تبعاً للتذكره والقواعد وكشف اللثام {ل_} أمور:

الأول: {قوله تعالى: (فإمساک بمعروف أو تسريع بإحسان)((۱))} فإن الآيه وإن وردت بعد قوله: (الطلاق مرتان) مما استظهر منها في المستمسک أن المراد من التسريح والفراق ترک الرجوع بها في العده حتى تنتهي العده لا الطلاق، لكن المناط القطعي المستفاد منها عرفاً أنه بيان كيفيه المعاشره مع الزوجه سواء كان بعد الطلاق أو قبل الطلاق.

ومنه يعلم وجه دلاله قوله تعالى: (وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف)((۲))، وقوله تعالى: (فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن)((۳)).

الثاني: ما دل على نفي الحرج والضرر، لأن بقاء هذه الزوجه على زوجيتها ضرر عليها وحرج.

الثالث: إنه حق لها عليه، و«لا يتوى حق امرئ مسلم»((۴)).

۱- سوره البقره: الآيه ۲۲۹

۲- سوره البقره: الآيه ۲۲۳

۳- سوره الطلاق: الآيه ۲

۴- العوالي: ج۱ ص۳۱۵ ح۳۶

وربما يقال: بعدم وجوب الطلاق عليه وعدم إجباره

{وربما يقال: بعدم وجوب الطلاق عليه وعدم إجباره} للأصل، ولأنه إذا أجبر على الطلاق وقع الطلاق عن إكراه، وطلاق المكرَه باطل، والأدله الثلاثه لوجوب الطلاق مدخوله.

أما الدليل الأول: فقد عرفت وجهه.

وأما الثاني: فلأن الضرر أو الحرج ليس من الزوجيه، بل من أحكام الزوجيه بعد الاشتباه، فدليل نفيها يتقضى نفى تلك الأحكام.

وأما الثالث: فلأنه فرع ثبوت الحق، وحيث كان لكل منهما إجراء البراءه كواجدى المنى، لم يكن له منهما حق حتى يعطى بالطلاق.

أقول: لا ينبغى الإشكال فى أنه إذا لم ترغب المرأتان فى الطلاق لا يجب عليه الطلاق، إذ أدله الوجوب على تقدير تماميتها لا تشمل هذه الصوره.

أما إذا رغبت فحيث إنها لم تعلم بنكاحها فليست هى مبتلاه بهذا النكاح المحتمل، وإن كان الزوج مبتلى به من جهه الإنفاق، ومن جهه عدم إمكانه زواج الخامسه وزواج أخت ثالث لهما، إلى غير ذلك، واذ لم تكن هى مبتلاه بنكاحها المحتمل فليس لها الإجبار، إذ أدله الإجبار الثلاثه هى فرع ابتلائها، فالزوجه إما أن تمسك أو تسرح، والضرر والحرج غير موجودين فى حال عدم ابتلائها، ولم يثبت زواجها حتى يثبت حق لها عليه.

نعم لا يصح دليل القول الثانى بأن الطلاق عن إكراه باطل، لوضوح

أن الإكراه إنما يوجب البطلان إذا لم يكن إكراهاً على الواجب، وإلا فهو بمنزله الاختيار.

وعلى هذا، فمقتضى القاعده فى هذه المسأله عدم لزوم الطلاق، لا من جانبه ولا من جانبهما.

نعم يمكن الاستدلال بهذه الأدله من الجانبين فى مسأله ثانيه، وهى ما لو تزوج الأختين فى عقد واحد، غافلًا عن كونهما أختين مثلًا، فهل يجبر على اختيار إحداهما، الظاهر ذلک للأدله الثلاثه من الآيه والحرج والحق.

وإن أشكل المستمسک على الحرج بالإشكال المتقدم، ثم قال: (لكن ليس بناء الفقهاء عليه فلا يجوز الزنا للحرج، ولا يجوز أكل مال الغير للحرج، ولا يجوز شرب الخمر للحرج، فلايكون الحرج مجوزاً لفعل المحرمات عندهم، وإن كان مجوزاً لترک الواجبات، وإن كان الفرق بين الواجبات والمحرمات فى ذلک غير ظاهر، ومقتضى دليل نفيه نفى التحريم كنفى الوجوب، ومقتضى ذلک أنه يجوز لكل من الأختين أن يستمتع بها غير المعقود له رفعاً للحرج، لا وجوب الطلاق على الزوج) انتهى.

أقول: يمكن أن يقال: على ما ذكره (قدس سره)،

أولاً: إن الزوجيه هى مجموعه أحكام، فليست هناک زوجيه وأحكام زوجيه حتى ترفع أدله الحرج أحكام الزوجيه لا نفسها، فمعنى رفع الأحكام هو رفع الزوجيه.

وثانياً: إن إطلاق أدله رفع الحرج يجوّز فعل المحرم، كما يجوّز ترک

وأنه يعين بالقرعه

الواجب، إلاّ إذا كان هناك نص أو إجماع على عدم الرفع، فكما أن الصوم إذا كان حرجياً يرتفع وجوبه، كذلك الكذب غير الضار إذا كان حرجياً يجوز قوله، وكما أن الزنا لا يباح بالحرج لوجود إجماع أو نحوه على ذلك، كذلك الحرب الواجبه إذا صارت حرجيه لا تسقط، ولذا قالوا بأنه إذا نذر ترك الدخان مثلاً وصار الترك حرجاً عليه سقطت حرمه الدخان.

وثالثاً: إن جواز استمتاع الأختين لغير المعقود له إنما هو لأجل أنهما كواجدى المنى، فلهما النكاح كما تقدم، وإذا كان الطلاق رافعاً لحرج المرأه كما إذا كانت شابه شبقه فتمرض زوجها بالشلل مما يشق عليها مشقه شديده عدم قضايا الجنس، كان أدله الحرج كفيله بإلزام الزوج بطلاقها لتتزوج بمن يقوم بأمرها، فالطلاق أحياناً يجب على الزوج لرفع حرج المرأه.

وبهذا لا تصل النوبه إلى تمتع الأجنبيه بالأجنبى فى حال كونها زوجه لإنسان آخر، لأن الحرج كالضرر ذا مراتب، لا يجوز التنزل إلى الحرام الأشد مع إمكان الأخف، لأن الضرروات تقدر بقدرها.

{وأنه يعيين بالقرعه} لأنها لكل أمر مشكل، وهذا منه، وقد تقدم أنه الأظهر.

وربما أورد عليه بما ذكره جامع المقاصد فى مثل المسأله، بأن القرعه لا مجال لها فى الأمور التى هى مناط الاحتياط التام، وهى الأنكحه التى تتعلق بها الأنساب والإرث والتحريم والمحرميه.

وقد يقال: إن الحاكم يفسخ نكاحهما

وفيه: إن إطلاق دليل القرعه شامل للمقام، وقد وجد نظيره فى من نزا على شاه فى قطيع غنم وقد اشتبهت بغيرها.

لا يقال: فلماذا لا تجرى القرعه فى كل موارد الاحتياط من العلم الإجمالى.

لأنه يقال: موارد العلم الإجمالى على ثلاثه أقسام:

الأول: ما يكون يوجب ضرراً مالياً، وفيه تجرى قاعده العدل، كما إذا شك فى أنه نذر ديناراً لزيد أو لعمرو، أو أن عليه الخمس أو الزكاه، ولا يمكن الجمع بينهما فى مورد مصداق لهما، وقد فصلنا ذلك فى كتاب الخمس وغيره.

الثانى: ما يكون ضرراً غير مالى كالمقام، وفيه تجرى القرعه.

الثالث: ما لم يكن كأحدهما، وفيه الاحتياط.

وإنما لا نقول به فى الأولين، لأن دليل «لا ضرر» حاكم فى الأول، وهو بضميمه قاعده العدل الموجود شبهها فى درهمى الودعى وغيره يقتضى التقسيم، ودليل القرعه حاكم فى الثانى، بضميمه دليل «لا ضرر»، ويوجد شبهه فى مسأله القطيع.

{وقد يقال: إن الحاكم يفسخ نكاحهما}، كما اختاره محكى القواعد فى مسأله تزويج وليى المرأه من رجلين مع اشتباه السابق منهما، وتبعه فى جامع المقاصد لقاعده نفى الضرر، مع أنه لا يمكن الإجبار فى الطلاق، إذ طلاق المكرَه غير صحيح.

وفيه: إنه لا وجه لوصول النوبه إلى الحاكم، إذ قد تتسلم لبقاء الاشتباه

ثم مقتضى العلم الإجمالى بكون إحداهما زوجه وجوب الإنفاق عليهما ما لم يطلق، ومع الطلاق قبل الدخول نصف المهر لكل منهما، وإن كان بعد الدخول فتمامه

فلا ضرر من الشارع عليها، وقد لا تتسلم فحالها حال المغبون فى أن «لا ضرر» يقتضى خياره، وهنا تفسخ هى النكاح إن لم يكن قبل ذلك قاعده القرعه محكمه، وإلا فلا ضرر حتى يتدارك بالفسخ، والقول بأنهم حصروا موارد الفسخ وليس هذا منه، فيه: إن حصرهم لا دليل عليه.

{ثم مقتضى العلم الإجمالى بكون إحداهما زوجه وجوب الإنفاق عليهما} بالتقسيم، لما تقدم فى العلم الإجمالى بالحقوق الماليه، كما إذا شك أن أيتهما بنته مثلاً، ولا تصل النوبه إلى القرعه التى ذكرها المستمسك، كما لا تصل النوبه إليها فى ما إذا علم أنه مديون لزيد أو عمرو.

{ما لم يطلق}، أما إذا طلق فقد سقطت النفقه، كما أنه إذا أقرع وخرجت إحداهما زوجته كان الإنفاق عليها فقط، إذ لا مجال بعد القرعه لشىء آخر.

{وإن كان بعد الدخول فتمامه} مقسماً بينهما، ويدل على هذه القاعده بالإضافه إلى أن الأمر دائر بين أن يتضرر بإعطاء كل واحده منهما تمام المهر، وذلك خلاف أدله «لا ضرر»، وبين أن يرجح إحداهما وذلك ترجيح بلا مرجح بلا دليل شرعى، وبين أن يعطى كل واحده بالنسبه، ففى الاثنتين النصف، وفى

الثلاثه الثلث وهكذا، إنها المستفاد من الموارد المختلفه فی الروايات:

كروايه عبد الله بن المغيره، عن غير واحد من أصحابنا، عن أبی عبد الله (عليه السلام)، فی رجلين كان معهما درهمان، فقال أحدهما: الدرهمان لی، وقال الآخر: هما بينی وبينک، فقال: «أما الذی قال هما بينی وبينك، فقد أقر بأن أحد الدهمين ليس له وأنه لصاحبه، ويقسم الآخر بينهما»((١)).

وروايه السكونی، عن الصادق (عليه السلام)، عن أبيه (عليه السلام)، عن رجل استودع رجلًا دينارين فاستودعه آخر ديناراً فضاع دينار منهما، فقال: «يعطی صاحب الدينارين ديناراً، ويقسم الآخر بينهما نصفين»((٢)).

وروايه إسحاق بن عمار، عن أبی عبد الله (عليه السلام)، فی رجلين اختصما فی دابه فی أيديهما، _ إلی أن قال: _ فقيل له: فلو لم تكن فی يد واحد منهما وأقام البينه، فقال (عليه السلام): «احلفهما فأيهما حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف، فإن حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين»((٣)).

وروايه غياث بن إبراهيم: «لو لم تكن فی يده جعلتها بينهما نصفين».

ونحوهما روايه تميم بن طرفه((۴)).

١- الوسائل: ج١٣ ص١۶٩ الباب ٩ من أبواب أحكام الصلح ح١

٢- الوسائل: ج١٣ ص١٧١ الباب ١٢ من أبواب أحكام الصلح ح١

٣- الوسائل: ج١٨ ص١٨٣ الباب ١٢ من أبواب ك يفيه الح ك م وأحكام الدعوی ح١

۴- الوسائل: ج١٨ ص١٨٣ الباب ١٢ من أبواب ك يفيه الح ك م وأحكام الدعوی ح٣

وفی روایه یونس بن یعقوب، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، فی امرأه تموت قبل الرجل أو رجل قبل المرأه، قال (علیه السلام): «ما کان من متاع النساء فهو للمرأه، وما کان من متاع الرجال والنساء فهو بینهما»((1)).

وروایه رفاعه، قال (علیه السلام): «وما یکون للرجال والنساء قسم بینهما»((2)).

وروایه السکونی، عن جعفر (علیه السلام)، عن أبیه (علیه السلام)، عن علی (علیه السلام)، فی رجل أقر عند موته لفلان وفلان لأحدهما عندی ألف درهم، ثم مات علی تلک الحال، فقال علی (علیه السلام): «أیهما أقام البینه فله المال، وإن لم یقم واحد منهما البینه فالمال بینهما نصفان»((3)).

هذه ما جمعها المستمسک من الروایات، ومن المعلوم کفایتها لاستفاده قاعده کلیه منها، فقوله: (لا یمکن التعدی منها إلی غیرها، مع ثبوت خلافها فی بعض مواردها وفی موارد أخری، کما یظهر من ملاحظه مواردها وباب إرث الغرقی والمهدوم علیهم، فالبناء علیها غیر ظاهر) انتهی. لیس علی ما ینبغی، فإن الاستفاده عرفیه، وخروج بعض الموارد بالنص من باب التخصیص، وأغلب العمومات لها تخصیص، وهناک روایات أخر کإرث الخنثی.

نعم هذا کله إن لم نقل بالقرعه، أما إن قلنا بها کما قال أو مال إلیها

1- الوسائل: ج18 ص183 الباب 12 من أبواب ک یفیه الح ک م وأحکام الدعوی ح3
2- الوسائل: ج17 ص525 الباب 8 من أبواب میراث الزوج ح4
3- الوسائل: ج13 ص 400 الباب 25 من أبواب الوصایا ح4

لكن ذكر بعضهم أنه لا يجب عليه إلّا نصف المهر لهما، فلكل منهما الربع فی صوره عدم الدخول، وتمام أحد المهرين لهما فی صوره الدخول، والمسأله محل إشكال كنظائرها من العلم الإجمالی

القواعد وجامع المقاصد وكشف اللثام والجواهر كان كل شیء تبعاً لها.

وكيف كان، فيظهر مما تقدم صحه ما أشار إليه المصنف بقوله: {لكن ذكر بعضهم أنه لا يجب عليه إلّا نصف المهر لهما، فلكل منهما الربع فی صوره عدم الدخول}، إذ يقسم النصف بينهما، وإذا كان الاشتباه بين الثلاث والأربع والأكثر كان التقسيم على حسب الكسر المشتبه فيه.

{وتمام أحد المهرين لهما فی صوره الدخول}، ومعنى كون تمام أحد المهرين لهما أنه إذا جعل مهر إحداهما عشره ومهر الأخرى عشرين، وقد حصل الدخول كان للأولى خمسه وللثانيه عشره، وإذا كان لم يدخل بهما كان للأولى اثنان والنصف وللثانيه خمسه.

هذا ما يقتضيه كلام المصنف وسكت عليه الشراح والمعلقون.

لكن فيه: إنه لا يتم فی صوره الدخول، إذ الدخول يوجب المهر كله إذا كان عن شبهه، فالواجب عليه المهر المسمى للمعقوده، والمثل لغير المعقوده، فلو فرضنا أن المسمى عشره والمثل عشرون، كان اللازم أن يعطى ثلاثين لكل واحده منهما نصفه فصاحبه العشره زيد خمسه لقاعده العدل، وصاحبه العشرين نقصت خمسه للقاعده.

{و} على ماذكرناه فليست {المسأله محل إشكال كنظائرها من العلم الإجمالی

فى الماليات.

فى الماليات} وإن أشكل فيها المصنف وآخرون.

ومما تقدم يظهر حال ما إذا وطأ واحده ولم يطأ الأخرى فى كيفيه توزيع المهر، والله سبحانه العالم.

ص:۲۴۹

مسأله ۴۴ لو اقترن عقد الأختين

(مسأله ۴۴): لو اقترن عقد الأختين بأن تزوجهما بصيغه واحده، أو عقد على إحداهما ووكيله على الأخرى في زمان واحد، بطلا معاً

(مسأله ۴۴): {لو اقترن عقد الأختين بأن تزوجهما بصيغه واحده} أو عقدهما وكيلاه {أو عقد على إحداهما ووكليه على الأخرى في زمان واحد، بطلا معاً}، كما عن المبسوط وابني حمزه وإدريس، واختاره الشرائع ونسب إلى أكثر المتأخرين.

واستدل لذلك بأن صحتهما غير ممكن، فاللازم إما بطلانهما أو بطلان أحدهما معيناً أو مخيراً، وحيث لا يمكن الأخيران، لأن في أولهما ترجيح بلا مرجح، وفي ثانيهما الجهاله حين العقد، لأبد من القول ببطلانهما، وقد يقال بصحه ما ابتدأ باسمها أولاً إن كان هناك ابتداء، لأنه يعين الأولى فلا يكون بغير معين.

ويؤيده ما رواه دعائم الإسلام، عن جعفر بن محمد (عليهما السلام)، إنه سأل عن رجل تزوج أختين أو خمس نسوه في عقده واحده، قال: «يثبت نكاح الأخت التي بدأ باسمها عند العقد، والأربع من النسوه اللاتي بدأ بأسمائهن، ويبطل نكاح ما سواهن، فإن لم يعلم من بدأ بأسمائهن منهن بطل النكاح كله»((۱)).

وفيه: بعد ضعف الروايه، أن تقديم الاسم لا يكون معيناً، إذ العقود تتبع القصود.

نعم ينبغي أن يقال على القول ببطلان كليهما إنه فيما إذا كان عقد إحداهما

۱- المستدرك : ج۲ ص۵۸۰ الباب ۲۵ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۱

وربما يقال: بکونه مخیراً فی اختیار أیهما شاء، لروایه

فضولیاً بأن وکلته إحداهما فقط فعقد علی کلتیهما، أو وکل الزوج أن یعقد فلانه فعقد علی کلتیهما، ولم یأذن الزوج أو المعقوده فضوله، عدم بطلان عقد منهما، لأن مرجع ذلک إلی عدم العقد إلاّ علی إحدلهما.

ولا یخفی أن العقد علی أکثر من أختین حاله حال العقد علیهما، کما أن العقد علی الأم والبنت مثلاً حاله ذلک، لوحده المناط فی الکل، ولذا ذکر فی الروایات العقد علی الخمس ردفاً للعقد علی الأختین.

{وربما یقال} کما عن الشیخ وأتباعه والمهذب والجامع والمختلف: {بکونه مخیراً فی اختیار أیهما شاء، لروایه} صحیحه وهی صحیحه جمیل المرویه فی الفقیه، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، فی رجل تزوج أختین فی عقده واحده، قال (علیه السلام): «یمسک أیتهما شاء ویخلی سبیل الأخری»، وقال (علیه السلام) فی رجل تزوج خمساً فی عقده واحده، قال: «یخلی سبیل أیتهن شاء»([1]).

ومثلها کافیه فی المقام، ولا یضر روایه الکافی لها بالإرسال، وروایه التهذیب لها بالإرسال، وبأن فی طریقه علی بن السندی المجهول، إذ تکفی روایه الفقیه، ولذا قدمها فی الوسائل فی الذکر، وأفتی بمضمونها فی عنوان الباب، وتبعه المستدرک فی عنوان الباب، بالإضافه إلی أنا نری حجیه ما فی الکافی لضمان صاحبه، فالإرسال ونحوه لا یضر بروایات الکافی فی نفسها.

١- الوسائل: ج١٤ ص٣٦٨ الباب ٢٥ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح١

محموله علی التخییر بعقد جدید

ولذا أفتی بذلک المستمسک، وقال: القاعده تخصص بها، بل ربما یقال: إن ما فی الروایه هو مقتضی القاعده، إذ العقلاء یرون التخییر فی مثل المقام، کما یرون صحه ما یقع علیه العقد دون ما لا یقع فی المعاملات إذا جمعهما فی عقده واحده ولم یعلم أن الشارع أحدث طریقه جدیده، فدلیل (أوفوا بالعقود)((۱)) یشمله، مثلاً إذا باع ما یملک وما لا یملک صح العقد فیما یملک، وإذا کان مالکاً لأحد شیئین تخییر، کما إذا قال الواهب له: وهبتک أحدهما، فقال: قبلت، ثم قال الموهب له لثالث: بعتک ما أملک، یری العرف صحه العقد.

أقول: وهذا لا بأس به، وإن کان الذی یظهر من غیر واحد عدم الصحه، وعلی هذا فقوله: بأن الروایه {محموله علی التخییر بعقد جدید} کما عن کشف اللثام غیر ظاهر الوجه، وإن سلمه المعلقون کالساده ابن العم والبروجردی والجمال وغیرهم لسکوتهم علیه.

هذا وربما یفرق بین ما إذا عقدهما فی عقد واحد وکلیه، أو عقدهما بنفسه، أو عقدهما ولیاه أو وکیلاه، فالکلام کما تقدم، وبین ما إذا عقد إحداهما بنفسه والأخری بوکیله، بأن مقتضی القاعده هنا صحه عقد نفسه لتأخر مرتبه عمل الوکیل عن عمل النفس، فإذا تصرف فی متعلق الوکاله بطلت الوکاله، وهذا أحوط، وإن کان دلیله بحاجه إلی التأمل.

نعم لا شک فی تقدم عقده بنفسه أو بوکیله علی عقد الفضولی، وإن أجازه

۱- سوره المائده: الآیه ۱

ولو تزوجهما وشك في السبق والاقتران

بعد ذلك لعدم ثمر على الإجازه إلّا على الكشف الحقيقى، فتأمل.

{ولو تزوجهما وشك فى السبق والاقتران}، فإن اختار إحداهما كان من العلم الإجمالى السابق فيما لو علم بسبق عقد إحداهما، لأنه إما كان اقتران فما اختارها صح عقدها، وإما سبق لمن اختارها فيصح عقدها، وإما لحوق لمن اختارها فلا يصح عقدها وإنما صح عقد السابق.

وعليه يعلم إجمالا بصحه عقد إحداهما، ويكون المرجع القرعه كما ذكرناها.

وإن لم يختر إحداهما فالأمر مردد بين أن يكون هناك واقع مجهول، كما إذا كان سبق ولحوق واقعاً، وبين أن لا يكون، كما إذا كان تقارن واقعاً، فإن قلنا بأن «القرعه لكل أمر مشكل» جاز حتى فى ما لا واقع له كما هو مذهب بعضهم ولا بعد فيه، أقرع بينهما، وإلا ـ أجبر على الاختيار ثم الإقراع، بناءً على ما ذكرناه سابقاً من الإجبار لأنه يلزم بالإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان.

قال فى المستمسك: (هذا إذا كان الشك فى السبق والاقتران بالنسبه إلى كل منهما، أما إذا كان بالنسبه إلى واحده منهما بعينها دون الأخرى، بأن تردد فى العقد على هند بين كونه سابقاً ومقارناً، وفى عقد زينب بين أن يكون لاحقاً ومقارناً، فقد علم ببطلان العقد على زينب، إما لمقارنته أو للحقوقه) إلى آخر كلامه، وكأنه (رحمه الله) أراد مماشاه المصنف، وإلا فقد تقدم منه الصحه فى المقارنه للصحيحه المتقدمه.

وعليه فكل عقد محتمل للصحه، أما عقد هند فصحته من حيث السبق أو المقارنه مع الاختيار.

ص:٢٥٣

حكم ببطلانهما أيضاً.

وأما عقد زينب فصحته من حيث المقارنه مع الاختيار، وعليه يلزم عقد هند إن اختاره، لأنه إما سابق وإما مقارن مختار، أما إذا اختار عقد زينب لم يعلم بالصحه، لأن أصل عدم المقارنه يسقط بأصل عدم التأخر، وإذا ما علم بالمقارنه الذى هو موضوع الاختيار لم يصحح اختياره زوجيتها.

ثم إنه علم مما تقدم أنه فى صوره المقارنه يجب اختيار إحداهما، للزوم الإمساك بالمعروف لمن يريدها بعد صحه العقد بالنسبه إلى إحداهما.

وكيف كان، فقول المصنف: {حكم ببطلانهما أيضاً} محل إشكال.

ص:٢٥۴

مسأله ۴۵ لو وطأ إحدى الأختين المملوكتين

(مسأله ۴۵): لو كـان عنـده أختان مملوكتان فوطأ إحـداهما حرمت عليه الأخرى حتى تموت الأولى أو يخرجها عن ملكه ببيع أو صلـح أو هبه أو نحوهـا ولو بـأن يهبها من ولـده، والظاهر كفايه التمليك الـذى له فيه الخيار، وإن كان الأحوط اعتبار لزومه، ولا يكفى على الأقوى ما يمنع من المقاربه مع بقاء الملكيه كالتزويج

(مسأله ۴۵): {لو كان عنـده أختان مملوكتان فوطأ إحـداهما حرمت عليه الأخرى حتى تموت الأولى أو يخرجها عن ملكه} كما تقدم فى المسأله التاسعه والثلاثين، ويدل عليه النص والإجماع.

فلو مـاتت أو خرجت عن ملكه {ببيع أو صـلح أو هبه أو نحوهـا، ولو بـأن يهبهـا من ولـده}، حلت عليه الأخرى، وإنما نص على يهبها لولده لقوله (عليه السلام) فى صحيح ابن سنان: «فإن وهبها لولده يجزيه».

{والظاهر كفايه التمليك الذى له فيه الخيار}، لإطلاق الأدله، خصوصاً ما ورد فيها من «يهبها» والهبه جائزه غالباً.

{وإن كـان الأحـوط اعتبـار لزومه} لاحتمـال أن يراد بالإخراج عن الملـك إخراج الانقطاع، ومع الخيار لا انقطاع، لكنه احتياط استحبابى كما هو واضح.

{ولا يكفى} فى حليه الثانيه {على الأقوى} خلافاً للعلامه فى بعض كتبه إشـكالاً أو اختياراً فى الجمله {ما يمنع من المقاربه مع بقاء الملكيه كالتزويج

ص:۲۵۵

للغير والرهن والكتابه ونـذر عـدم المقاربه ونحوها، ولو وطأها من غير إخراج للأولى لم يكن زنا، فلا يحـد ويلحق به الولـد، نعم يعزر.

للغير والرهن والكتـابه ونـذر عـدم المقارنه ونحوها}، وإنما كان الأقوى عـدم الكفايه لأن الـدليل دل على أن التحليل إنما يكون بـالخروج عن الملك، وهو غير حاصل فى الفروض المـذكوره، ووجه الإشـكال أن المعيار عـدم الإمكان شـرعاً من الوطى، وهو كما يحصل بالإخراج من الملك يحصل بالأمور المذكوره.

{ولو وطأها من غير إخراج للأولى لم يكن زنا} كما تقـدم فى المسأله التاسـعه والثلاثين {فلا يحد} حد الزنا {ويلحق به الولد} لأن الولد المنعقد فى حال مثل الحيض والإحرام ملحق بالواطى.

{نعم يعزر} لفعله الحرام، كما يعزر كل فاعل للحرام.

ص:۲۵۶

مسأله ۴۶ فروع الجمع بين الأختين

(مسأله ۴۶): إذا وطأ الثانيه بعد وطى الأولى، حرمتا عليه مع علمه بالموضوع والحكم، وحينئذ فإن أخرج الأولى عن ملكه حلت الثانيه له مطلقاً، وإن كان ذلك بقصد الرجوع إليها، وإن أخرج الثانيه عن ملكه يشترط فى حليه الأولى أن يكون إخراجه لها لا بقصد الرجوع إلى الأولى، وإلا لم تحل،

(مسأله ۴۶): {إذا وطأ الثانيه بعد وطى الأولى، حرمتا عليه مع علمه بالموضوع} وأنهما أختان {والحكم} أن وطيهما حرام عليه، لما فى صحيح الحلبى من حرمتهما جميعاً بعد وطى الثانيه عمداً.

{وحينئذ فإن أخرج الأولى عن ملكه حلت الثانيه له مطلقا} كما تقدم فى المسأله السابقه، {وإن كان ذلك} الإخراج {بقصد الرجوع إليها} وذلك لإطلاق الدليل الشامل لكلا صورتى الإخراج {وإن أخرج الثانيه عن ملكه يشترط فى حليه الأولى أن يكون إخراجه لها لا بقصد الرجوع إلى الأولى، وإلا لم تحل}، ويدل عليه خبر أبى الصباح الكنانى، عن أبى عبد الله (عليه السلام) فى حديث قال: سألته عن رجل عنده أختان مملوكتان فوطأ إحداهما ثم وطأ الأخرى، فقال (عليه السلام): «إذا وطأ الأخرى فقد حرمت عليه الأولى حتى تموت الأخرى»، قلت: أريت إن باعها، فقال (عليه السلام): «إن كان إنما يبيعها لحاجه ولا يخطر على باله من الأخرى شيء فلا أرى بذلك بأساً، وإن كان إنما يبيعها ليرجع إلى الأولى فلا»((۱)).

ص:۲۵۷

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۳۷۴ الباب ۲۹ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۹

وأمـا فى صوره الجهل بالحرمه موضوعاً أو حكماً، فلا يبعـد بقاء الأولى على حليتها والثانيه على حرمتها، وإن كان الأحوط عـدم حليه الأولى إلاّ بإخراج الثانيه، ولو كان بقصد الرجوع إلى الأولى، وأحوط من ذلك كونها كصوره العلم.

{وأمـا فى صوره الجهـل بـالحرمه موضوعـاً أو حكمـاً}، أى إن جهـل بأنهما معاً حرام عليه، إما لجهله بأنهما أختان أو لجهله بأن الأخـتين معاً محرم، {فلا يبعـد بقاء الأولى على حليتها، والثانيه على حرمتها}، فقوله (عليه السـلام) فى صـحيح الحلبى: «إذا وطأ الأخـيره بجهـاله لم تحرم عليه الأولى، وإن وطـأ الأخـيره وهو يعلم أنهـا عليه حرام حرمتا عليه جميعاً». ظاهر فى أنه مع الجهل لا تحرم الأولى.

{وإن كـان الأحوط حليه الأولى إلاّ بإخراج الثانيه، ولوكان بقصـد الرجوع إلى الأولى، وأحوط من ذلك كونها كصوره العلم}، وقد اختصرنا فى هاتين المسألتين لعدم كونهما محل الابتلاء فى الحال الحاضر، والله المستعان.

ص:٢٥٨

مسأله ۴۷ لو كانت الأختان من الزنا

(مسأله ۴۷): لو كان الأختان كلتاهما أو إحداهما من الزنا، فالأحوط لحوق الحكم من حرمه الجمع بينهما فى النكاح والوطى إذا كانتا مملوكتين.

(مسأله ۴۷): {لو كـان الأختان كلتاهما أو إحـداهما من الزنا فالأحوط} إن لم يكن أقوى {لحوق الحكم من حرمه الجمع بينهما فى النكـاح والوطى إذا كانتـا مملوكتين} وذلـك لأـن الأـدله الـداله على حرمه النسب ونحوه شامـل لمـا يسـمى به عرفاً، كسائر الموضوعات التى يكون المرجع فيها العرف، فكما لا تصح تزويج ولد الزنا بأمه وخالته وبنته ونحوهن من الزنا، كذلك لا يصح تزويج الأختين من الزنا.

قال فى المسـتند فى مسأله النسب: (سواء كان نسباً شرعياً أو نسباً غير شرعى وهو اتصاله بالزنا إجماعاً قطعياً، بل ضروره دينيه فى الأولى، وإجماعاً محكياً حكاه الشيخ فى الخلاف والفاضل فى التذكره والمحقق الثانى فى شرح القواعد والهندى فيه أيضاً، وفى الكفايه لا أعرف فيه خلافاً بين الأصـحاب، وفى المفاتيح نسبه إلى ظاهر أصحابنا فى الثانى، كل ذلك بعد الإجماع فيما ثبت فيه الإجماع لصدق النسـبه عرفاً ولغهً، وأصاله عدم النقل، فتشـمله الآيه، ويتعدى إلى غير من ذكر فيها إن لم يشمل الجميع بالإجماع المركب، ولاـ يضـر عـدم ثبوت سائر أحكام النسب بالنسب الحاصل من الزنا كالتوارث وإباحه النظر والانعتاق وارتفاع القصاص وتحريم حليله الابن والجمع بين الأختين ونحوها، لأنه إنما هو بدليل خارجى دال على تعلقها بالنسبه الشرعيه خاصه).

ص:۲۵۹

أقول: لم يظهر لی الـدليل الخاص الدال علی جواز حليله الابن من الزنا، وعلی جواز الجمع بين الأختين منه، بل ما ذكره أولا من استفاده النسب العرفی داله علی حرمتهما أيضاً.

ومما ذكرنـاه وذكره المسـتند يظهر ضـعف ما فی المسـتمسک، من (أنه خلاف المتسالم عليه عنـدهم من نفی النسب بالزنا كما يقتضـيه قوله (صـلی الله عليه وآله وسـلم): «الولـد للفراش وللعـاهر الحجر»((١))، فـإن الظـاهر منه أنه وارد فی مقـام بيـان الحكم الواقعی من نفی النسب عن العاهر واقعاً)، ثم اسـتدل بما ورد من أن ولد الزنا لايرث، ثم قال: (لكن المسـتفاد من بعض الروايات ومن مـذاق الشـرع الأقـدس أن حرمه النكاح والوطی تابعه للنسب العرفی فلا حظ ما ورد فی الاسـتنكار لأن يكون أولاد آدم قد تزوجوا أخواتهم، وأن تحريم النكاح من الأحكام الإنسانيه لا من الأحكام الشرعيه تعبداً) انتهی.

فإنه يرد عليه أولاً: إن التسالم علی نفی النسب بالزنا فی الجمله لا يرتبط بالمقام، كما عرفت الإجماعات المتعدده فی المقام علی أن الزنا كالنسب الصحيح فی الحرمه.

وثانياً: إن قوله (صلی الله عليه وآله وسلم) إنما هو فيما إذا تردد الأمر، لا ما إذا علم أنه ليس للفراش، فلا ربط له بالمقام.

نعم استـدلال الإمام (عليه السـلام) به علی عدم إرث ولد الزنا يدل علی إرادته (صـلی الله عليه وآله وسلم) العموم، لكن لابد من إرادته (صلی الله عليه وآله وسلم)

١- الوسائل: ج١۴ ص۵۶۵ الباب ۵۶ من أبواب ن ک اح العبيد ح١

فی الجمله، لما عرفت من الإجماعات المتکرره علی عدم الفرق فی النکاح بین النسب الصحیح وبین الزنا، فتأمل.

وثالثاً: لم یظهر وجه مثاله بقصه أولاد آدم (علیه السلام)، فإنهم کانوا بالنکاح الصحیح، کما أنه لم یظهر وجه قوله: (مذاق الشرع)، إذ لو أراد ما إذا کان العقل یحکم بالقبح فالشرع یحکم به، لقاعده کلما حکم به العقل حکم به الشرع، حیث إن الأحکام تابعه للمصالح، فإذا کشف العقل المصلحه فقد کشف عله الحکم، وبکشفه لها ینکشف الحکم، وهذه القاعده هی التی عبر عنها بعض السنه من أنه حیثما کانت المصلحه کان حکم الله، أرادوا کشف العقل المصلحه بالحسن القطعی الواصل إلی حد اللزوم عقلاً وکشفه المفسده کذلک، ففیه: إن حرمه نکاح مثل الأختین مثلاً لیس من القبائح عقلاً، ولذا کان جائزاً فی بعض الشرایع.

ففی روایه مروان بن دینار، قال: قلت لأبی إبراهیم (علیه السلام): لأی عله لا یجوز للرجل أن یجمع بین الأختین، قال (علیه السلام): «لتحصین الإسلام، وفی سائر الأدیان یری ذلک»((1)).

وإن أراد الاستحسان، ففیه إنه لا یصلح دلیلا.

نعم یبقی علی المسأله ما ربما یقال: من استنکار المسلمین إلحاق معاویه زیاداً

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۳۶۷ الباب ۲۴ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۳

بنسبه، فإنه إذا لم يكن مانع عن وجود النسب، فلماذا استنكره المسلمون مستدلين بقوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «الولد للفراش»((۱))، ویمکن أن یرد بأن أم زیاد کانت مزوجه زنی بها أبو سفیان، فالولد کان شرعاً لزوجها، لا لأبی سفیان.

وکیف کان، اللازم القول بحرمه النکاح وجواز النظر فی مثل البنت المخلوقه من ماء الزانی، ونظر الأم لولدها کذلک إلی غیرهما، والدلیل فی الکل هو وجود النسب العرفی الذی لا یرد علیه إلاّ قوله (صلی الله علیه وآله وسلم)، وهو مجمل من هذا الحیث، والله العالم.

ص:۲۶۲

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۵۶۹ الباب ۵۸ من أبواب ن ک اح العبید والإماء ح۴

مسأله ۴۸ إذا طلق الأخت رجعیا

(مسأله ۴۸): إذا تزوج بإحدی الأختین ثم طلقها طلاقاً رجعیاً لا یجوز له نکاح الأخری إلّا بعد خروج الأولی عن العده

(مسأله ۴۸): {إذا تزوج بإحدی الأختین ثم طلقها طلاقاً رجعیاً لا یجوز له نکاح الأخری إلّا بعد خروج الأولی عن العده} بلا إشکال ولا خلاف، کما ادعاه الجواهر، وسکت علیه المستمسک.

ویدل علیه بالإضافه إلی أن المطلقه رجعیه زوجه، جمله من الروایات:

کخبر أبی الصباح الکنانی، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، قال: سألته عن رجل اختلعت منه امرأته أیحل له أن یخطب أختها قبل أن تنقضی عدتها، قال: «إذا برئت عصمتها منه ولم کن له علیها رجعه، فقد حل أن یخطب أختها»((۱)).

وخبر زراره، عن أبی جعفر (علیه السلام)، فی رجل طلق امرأته وهی حبلی، أیتزوج أختها قبل أن تضع، قال (علیه السلام): «لا یتزوجها حتی یخلو أجلها»((۲)) (بطنها خ ل) حیث إنه ظاهر فی الطلاق الرجعی لمکان الحمل.

وروایه الدعائم، عن علی (علیه السلام)، إنه قال: «إذا طلق الرجل المرأه لم یتزوج أختها حتی تنقضی عدتها»((۳)).

وفی روایه الجعفریات، بسنده إلی علی (علیه السلام)، إنه قال: «علی الرجل خمس عدات» إلی أن قال: «والرجل یطلق المرأه فیرید أن یتزوج أختها، والرجل

۱- الوسائل: ج۱۴ ص ۳۷۰ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۱

۲- الوسائل: ج۱۴ ص ۳۷۱ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۲

۳- المستدرک: ج۲ ص ۵۸۰ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح۱

وأمـا إذا كان بائناً بأن كان قبل الـدخول أو ثالثاً أو كان الفراق بالفسـخ لأحـد العيوب أو بالخلع و المباراه جاز له نكاح الأخرى، والظاهر عدم صحه رجوع الزوجه فی البذل بعد تزويج أختها كما سيأتی فی باب الخلع إن شاء الله،

يطلق المرأه فيريد أن يتزوج عمتها أو خالتها، فليس له أن يتزوج حتى تنقضی عده التی طلق» الخبر((١)).

{وأما إذاكان بائناً بأن كان قبل الدخول} حيث لا عده أصلاً، وكذا فی الصغيره واليائسه.

{أو ثالثاً} لا يحق له الرجول إلّا بعد المحلل.

{أو كان الفراق بالفسخ لأحد العيوب} بعد أن دخل، أما إذا لم يدخل فهو داخل فی قوله: (قبل الدخول).

{أو بالخلع والمباراه جاز له نكاح الأخرى} بلا إشـكال ولا خلاف، إذ لا عده فی بعضها والعده فی الآخر ليست مانعه، لأنه ليس من الجمع بين الأختين، وفی ما تقدم من خبر الكنانی دلاله عليه.

{والظاهر عدم صحه رجوع الزوجه فی البذل بعد تزويج أختها، كما سيأتی فی باب الخلع إن شاء الله}، قالوا: لأن المال فی قبال البضع، فإذا تعذر إعطاء البضع لأنه جمع بين الأختين، تعذر أخذ المال بسبب الرجوع.

لكن يرد عليه: إن الرجوع فی المـال ليس معنـاه إعطـاء البضع، بـل للزوج فی صوره عـدم المـانع أن يرجع، فـإذا كان له مانع فی الرجوع، لأنه أخذ الخامسه أو الأخت أو العمه أو الخاله أو

١- المستدرك ک : ج٢ ص ۵٨٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح٢

نعم لو كان عنده إحدى الأختين بعقد الانقطاع وانقضت المده لا يجوز له على الأحوط نكاح أختها فى عدتها، وإن كانت بائنه للنص الصحيح

ما أشبه ذلك، لم يكن لإطلاقات أدله الرجوع فى البذل مانع.

وكذا إذا صار مجنوناً أو أغمى عليه أو ما أشبه مما لا يتمكن معه من الرجوع، ولم تعلم المرأه وليه بذلك، وكذا فيما إذا نذر عدم الرجوع أو حلف أو عاهد أو شرط فى ضمن عقد أو أمره من تجب عليه إطاعته، فتأمل.

{نعم لو كان عنده إحدى الأختين بعقد الانقطاع وانقضت المده لا يجوز له على الأحوط نكاح أختها فى عدتها، وإن كانت بائنه، للنص الصحيح}، لما رواه الحسين بن سعيد، قال: قرأت فى كتاب رجل إلى أبى الحسن الرضا (عليه السلام)، الرجل يتزوج المرأه متعه إلى أجل مسمى فينقضى الأجل بينهما، هل يحل له أن ينكح أختها من قبل أن تنقضى عدتها، فكتب: «لا يحل له أن يتزوجها حتى تنقضى عدتها»((١)) كذا رواه الشيخ فى التهذيب.

ونحوه رواه الكافى والفقيه ونوادر محمد بن أحمد بن عيسى.

وفى المقنع: «فإذا تزوجت امرأه متعه إلى أجل مسمى، فلما انقضى أجلها أحببت أن تتزوج أختها فلا تحل لك حتى تنقضى عدتها»((٢)).

وعن نهايه المرام: إن العمل به متعين، وإن رماه

١- الوسائل: ج١٤ ص٣٦٩ الباب ٢٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح١

٢- المستدرك : ج٢ ص٥٨٠ الباب ٢٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح٤

والظاهر أنه كذلك إذا وهب مدتها وإن كان مورد النص انقضاء المده.

السرائر بالشذوذ ومخالفه أصول المذهب، وفى المستمسک: (إن مقتضى القواعد الجواز، لإعراض الأصحاب عنها)، لكن الإعراض والشذوذ كلاهما محل نظر، ولذا سكت الساده ابن العم والبروجردى والجمال وغيرهم على المتن.

أما إشكال أنه يقتضى على الجواز الجمع بين الأختين، ففى ساعه يتمتع بهذه مع الدخول، وفى ساعه بالثانيه وهكذا، مع أن مناط الجمع بينهما موجود فى المقام، وأنه يقتضى أن تكون الأختان بل الأخوات ذوات حمل منه فى وقت واحد، ولذا ينقل أن الماتن (رحمه الله) قال لإنسان فعل ذلك: كيف تحمل أختان منک، فيه: إنها بالاستحسان أشبه.

{والظاهر أنه كذلك إذا وهب مدتها، وإن كان مورد النص انقضاء المده} لوحده المناط فى المقامين عرفاً.

ومما تقدم يعلم حكم ما إذا طلق الأخت بائناً وأراد متعه الأخت، وكذا بالعكس.

ص:۲۶۶

مسأله ۴۹ إذا زنی بإحدی الأختین

(مسأله ۴۹): إذا زنی بإحدی الأختین جاز له نکاح الأخری فی مده استبراء الأولی، وکذا إذا وطأها شبهه جاز له نکاح أختها فی عدتها لأنها بائنه، نعم الأحوط اعتبار الخروج عن العده خصوصاً فی صوره کون الشبهه من طرفه والزنا من طرفها، من جهه الخبر الوارد فی تدلیس الأخت التی نامت فی فراش أختها بعد لبسها لباسها.

(مسأله ۴۹): {إذا زنی بإحدی الأختین جاز له نکاح الأخری فی مده استبراء الأولی} للأصل بعد عدم الدلیل علی العده، بل ظاهر حصر عده الرجل فی روایه الجعفریات المتقدمه فی خمس أنه لا عده له فی غیرها.

{وکذا إذا وطأها شبهه جاز له نکاح أختها فی عدتها لأنها بائنه} وقد تقدم أن عده البائنه لا تمنع من نکاح الأخت الثانیه، فإذا کان کذلک فی الوطی بالعقد کان کذلک وطی الشبهه بطریق أولی، بالإضافه إلی إطلاق أدله الزواج وخبر الجعفریات المتقدم.

{نعم الأحوط اعتبار الخروج عن العده} للمناط فی صحیح برید الأتی {خصوصاً فی صوره کون الشبهه من طرفه والزنا من طرفها، من جهه الخبر الوارد فی تدلیس الأخت التی نامت فی فراش أختها بعد لبسها لباسها}.

ففی صحیح برید العجلی، قال: سألت أبا جعفر (علیه السلام) عن رجل تزوج امرأه فزفت إلیه أختها وکانت أکبر منها، فأدخلت منزل زوجها لیلاً فعمدت إلی ثیاب امرأته فنزعتها منها ولبستها، ثم قعدت فی حجره أختها ونحت امرأته وأطفأت المصباح واستحیت الجاریه أن تتکلم، فدخل الزوج الحجله فواقعها وهو یظن أنها امرأته

ص:۲۶۷

التی تزوجها، فلما أن أصبح الرجل قامت إلیه امرأته، فقالت: أنا امرأتک فلانه التی تزوجت، وإن أختی مکرت بی فأخذت ثیابی فلبستها وقعدت فی الحجله ونحتنی، فنظر الرجل فی ذلک فوجد کما ذکر، فقال (علیه السلام): «أری أن لا مهر للتی دلست نفسها، وأری أن علیها الحد لما فعلت حد الزانی غیر محصن، ولا یقرب الزوج امرأته التی تزوج حتی تنقضی عده التی دلست نفسها، فإذا انقضت عدتها ضم إلیه امرأته»((۱)).

قالوا: وحیث إن الأصحاب أعرضوا عن هذا الصحیح، لعدم تعرضهم لمضمونه فلا یعمل به.

لکن المسأله بحاجه إلی التتبع والتأمل، وإلا فمجرد عدم التعرض لا یوجب صدق الإعراض، والاحتیاط العمل بمضمونها.

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۶۰۴ الباب ۹ من أبواب العیوب والتدلیس ح۱

مسأله ۵۰ جواز الجمع بین فاطمیتین

(مسأله ۵۰): الأقوی جواز الجمع بین فاطمیتین علی کراهه، وذهب جماعه من الأخباریه إلی الحرمه والبطلان بالنسبه إلی الثانیه، ومنهم من قال بالحرمه دون البطلان، فالأحوط الترک، ولو جمع بینهما فالأحوط طلاق الثانیه أو طلاق الأولی وتجدید العقد

(مسأله ۵۰): {الأقوی جواز الجمع بین فاطمیتین}، وهو المعروف بین الأصحاب، کما فی المستمسک، ولم أجد أحداً من قدماء الأصحاب ولا متأخریهم ذکر ذلک فی المکروهات، فضلًا عن المحرمات کما فی الجواهر.

{علی کراهه} لظاهر النص الآتی المحمول علی الکراهه، لإعراض المشهور عنه.

{وذهب جماعه من الأخباریه إلی الحرمه والبطلان بالنسبه إلی الثانیه} کما فی الحدائق، قال: والتحقیق أن هذه المسأله مثل مسأله الجمع بین الأختین حذو النعل بالنعل، وحینئذ فالمخرج منها کما تقدم ثمه، وهو أن یفارق الثانیه، وإن طلقها فهو أولی.

{ومنهم من قال: بالحرمه دون البطلان} کما عن الشیخ جعفر بن کمال الدین، وکأنه لأن النص لا یدل علی البطلان، وإنما دل علی الحرمه، فاللازم الاقتصار علی موضعه.

{فالأحوط} احتیاطاً مستحباً {الترک}.

وهل یشمل ذلک ما لو کان الانتساب إلیها بواسطه الأم مثلا، احتمالان، لا یبعد ذلک لصدق (ولد) فی النص علیه.

{ولو جمع بینهما فالأحوط طلاق الثانیه أو طلاق الأولی وتجدید العقد

ص:۲۶۹

على الثـانيه بعـد خروج الأولى عن العـده، وإن كـان الأظهر _ على القول بالحرمه _ عـدم البطلان لأنها تكليفيه، فلا تـدل على الفساد.

ثم الظـاهر عـدم الفرق فى الحرمه أو الكراهه بين كون الجـامع بينهمـا فاطمياً أو لا ـ كما أن الظاهر اختصاص الكراهه أو الحرمه بمن كانت فاطميه من طرف الأبوين أو الأب، فلا تجرى فى المنتسب إليها (صلوات الله عليها) من طرف الأم،

على الثـانيه بعـد خروج الأولى عن العـده،} ولكن ربمـا يرد عليه إن الطلاق ثبت كراهته كراهه شديـده فلا دليل على أن كراهه التزويج بهما تقاوم شده كراهه الطلاق، ولعل المشقه عليها (عليها السلام) من طلاق ولدها أكثر من مشقه جمعها مع مثلها.

{وإن كـان الأظهر _ على القـول بـالحرمه _ عـدم البطلان، لأنهـا} كمـا يراه العرف مـن ظـاهر النص {تكليفيه، فلا تـدل على الفسـاد}، إذ لا قصور فى موضوع العقـد لتـدل على الفساد، وإنما هو لإجل الإيـذاء وهو لا يوجب الفساد، كما لو كانت المعامله توجب إيذاء مؤمن.

{ثم الظـاهر} من إطلاق النص {عـدم الفرق فى الحرمه أو الكراهه بين كون الجـامع بينهمـا فاطمياً أو لا ـ}، كما لا فرق بين أن يكون ذلك بالدوام أو بالمتعه أو بالاختلاف للإطلاق.

{كمـا أن الظـاهر} عنـد المصـنف {اختصـاص الكراهه أو الحرمه بمن كـانت فـاطميه من طرف الأبوين أو الأب، فلا تجرى فى المنتسب إليها (صلوات الله عليها) من طرف الأم} لأن المنصرف من (ولد) من كان من طرف الأب، ولأنه

خصوصـاً إذا كـان انتسابهـا إليهـا بإحـدى الجـدات العاليات، وكيف كان فالأقوى عـدم الحرمه، وإن كان النص الوارد فى المنع صحيحاً على ما رواه الصدوق فى العلل بإسـناده عن حماد، قال: سـمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «لا يحل لأحد أن يجمع بين اثنتين من ولد فاطمه (عليها السلام) إن ذلك يبلغها فيشق عليها، قلت: يبلغها، قال: «أى والله».

لو كره أو حرم كـل منتسب لزم عـدم الجمع ـ كراهه أو حرمه ـ فى كثير من النـاس لانتسـابهم إليها (عليها السـلام) ولو بسـبب جده ونحوها.

{خصوصاً إذا كان انتسابها إليها بإحدى الجدات العاليات}.

وهـل ولـد الزنا منهن لها ذلك الحكم، احتمالان، من أن للعاهر الحجر، ومما تقـدم من وجود الانتساب لغةً، والشارع لم يحـدث فى الموضوع شرطاً.

{وكيف كان، فالأقوى عدم الحرمه، وإن كان النص الوارد فى المنع صـحيحاً، على ما رواه الصدوق فى العلل} كما وراه الشـيخ أيضاً بسـند غير صـحيح، {بإسناده عن حماد، قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «لا يحل لأحد أن يجمع بين اثنتين من ولد فاطمه (عليها السلام) إن ذلك يبلغها فيشق عليها، قلت: يبلغها، قال: «أى والله»}((١)).

١- الوسائل: ج١٤ ص٣٨٧ الباب ٤٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح١

وذلك لإعراض المشهور عنه، مع أن تعليله ظاهر فى الكراهه، إذ لا نسلم أن مطلق كون ذلك شاقاً عليها إيذاء لها، حتى يدخل فى قوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «من آذاها فقد آذانى».

أقول: أما من لم تكن من ولدها ولوكانت من ولد على (عليه السلام) فليس لها هذا الحكم، كما هو ظاهر.

وإنما حملناها على الكراهه {وذلك لإعراض المشهور عنه} عملاً، والسيره على خلافه، حتى أن الوسائل تردد فى الحكم فى عنوان الباب {مع أن تعليله ظاهر فى الكراهه}.

إذ يرد عليه أولاً: إنه ليس كل جمع شاقاً، إذا لم تكن مشقه على نفس الفاطميتين، فإن المنصرف ما لوكانت مشقه.

وثانياً: إن مشقه بقائها بدون زوج أكثر من مشقه كونهما ضرتين، ولذا يشكل القول بالكراهه فى هاتين الصورتين.

وثالثا: بما ذكره (رحمه الله): {إذ لا نسلم أن مطلق كون ذلك شاقاً عليها إيذاءً لها، حتى يدخل فى قوله (صلى الله عليه وآله): «من آذاها فقد آذانى»}((1))، إذ ليس كل مشقه أذيه، فإن الدراسه والتجاره ربما كانت مشقه ولا يقال لها إنها ءيذاء، إلى غير ذلك من الأمثله.

والعمده ما ذكرناه من الإعراض والسيره، ولعل مراد الإمام (عليه السلام) بعض أولادها (عليها السلام) القريبات، كمن كن فى زمانهم (عليهم السلام).

1- البحار: ج١٠ ص٩

أما رمی الأمر بکونه بدعه، وأن من المحتمل أنه من مجعولات ابن الخطاب، فهو خلاف وجود الخبر الصحیح.

ومما تقدم ظهر حال المتصله إلیها بواسطه زینب وأم کلثوم (علیهما السلام).

ص:۲۷۳

مسأله ۵۱-۵۷ مسائل فی تزویج الأمه

(مسأله ۵۱): الأحوط ترک تزویج الأمه دواماً مع عدم الشرطین، من عدم التمکین من المهر للحره وخوف العنت بمعنی المشقه أو الوقوع فی الزنا، بل الأحوط ترکه متعه أیضاً، وإن کان القول بالجواز فیها غیر بعید.

وأما مع الشرطین فلا إشکال فی الجواز، لقوله تعالی: (ومن لم یستطع)(۱) إلی آخر الآیه، ومع ذلک الصبر أفضل فی صوره عدم خوف الوقوع فی الزنا، کما لا إشکال فی جواز وطیها بالملک، بل وکذا بالتحلیل، ولا فرق بین القن وغیره، نعم الظاهر جوازه فی المبعضه لعدم صدق الأمه علیها، وإن لم یصدق الحره أیضاً.

(مسأله ۵۲): لو تزوجها مع عدم الشرطین فالأحوط طلاقها، ولو حصلا بعد التزویج جدد نکاحها إن أراد علی الأحوط.

(مسأله ۵۳): لو تحقق الشرطان فتزوجها ثم زالا أو زال أحدهما لم یبطل ولا یجب الطلاق.

(مسأله ۵۴): لو لم یجد الطول أو خاف العنت، ولکن أمکنه الوطی بالتحلیل أو بملک الیمین یشکل جواز التزویج.

(مسأله ۵۵): إذا تمکن من تزویج حره لا یقدر علی مقاربتها

۱- سوره النساء: الآیه ۲۵

لمرض أو رتق أو قرن أو صغر أو نحو ذلك، فكما لم يتمكن، وكذا لو كانت عنده واحده من هذه أو كانت زوجته الحره غائبه.

(مسأله ۵۶): إذا لم تكفه فی صوره تحقق الشرطین أمه واحده یجوز الاثنتین، أما الأزید فلا یجوز کما سیأتی.

(مسأله ۵۷): إذا کان قادراً علی مهر الحره لکنها ترید أزید من مهر أمثالها بمقدار یعد ضرراً علیه، فکصوره عدم القدره لقاعده نفی الضرر، نظیر سائر المقامات کمسأله وجوب الحج إذا کان مستطیعاً ولکن یتوقف تحصیل الزاد والراحله علی بیع بعض أملاکه بأقل من ثمن المثل أو علی شراء الراحله بأزید من ثمن المثل، فإن الظاهر سقوط الوجوب، وإن کان قادراً علی ذلک، والأحوط فی الجمیع اعتبار کون الزیاده مما یضر بحاله لا مطلقاً.

فصل فی نكاح الإماء

فصل

فی نكاح الإماء

الأقوى جواز نكاح الأمه على الحره مع إذنها، والأحوط اعتبار الشرطين، من عدم الطول وخوف العنت، وأما مع عدم إذنها فلا يجوز، وإن قلنا فی المسأله المتقدمه بجواز عقد الأمه مع عدم الشرطين، بل هو باطل.

نعم لو أجازت بعد العقد صح على الأقوى، بشرط تحقق الشرطين على الأحوط.

ولا فرق فی المنع بين كون العقدين دواميين أو انقطاعيين أو مختلفين، بل الأقوى عدم الفرق بين إمكان وطى الحره وعدمه لمرض أو قرن أو رتق إلّا مع عدم الشرطين.

نعم، لا يبعد الجواز إذا لم تكن الحره قابله للإذن لصغر أو جنون، خصوصاً إذا كان عقدها انقطاعياً، ولكن الأحوط مع ذلك المنع.

وأما العكس، وهو نكاح الحره على الأمه فهو جائز ولازم إذا

كانت الحره عالمه بالحال، وأما مع جهلها فالأقوى خيارها فى بقائها مع الأمه وفسخها ورجوعها إلى أهلها.

والأظهر عدم وجوب إعلامها بالحال، فعلى هذا لو أخفى عليها ذلك أبداً لم يفعل محرماً.

(مسأله ١): لو نكح الحره والأمه فى عقد واحد مع علم الحره صح، ومع جهلها صح بالنسبه إليها، وبطل بالنسبه إلى الأمه إلاّ مع إجازتها، وكذا الحال لو تزوجهما بعقدين فى زمان واحد على الأقوى.

(مسأله ٢): لا إشكال فى جواز نكاح المبعضه على المبعضه، وأما على الحره ففيه إشكال، وإن كان لا يبعد جوازه لأن الممنوع نكاح الأمه على الحره، ولا يصدق الأمه على المبعضه، وإن كان لا يصدق أنها حره أيضاً.

(مسأله ٣): إذا تزوج الأمه على الحره فماتت الحره أو طلقها أو وهب مدتها فى المتعه أو انقضت لم يثمر فى الصحه، بل لابد من العقد على الأمه جديداً إذا أراد.

(مسأله ۴): إذا كان تحته حره فطلقها طلاقاً بائناً يجوز له نكاح الأمه فى عدتها، وأما إذا كان الطلاق رجعياً ففيه إشكال، وإن كان لا يبعد الجواز لانصراف الأخبار عن هذه الصوره.

(مسأله ۵): إذا زوجه فضولی حره فتزوج أمه، ثم أجاز عقد الفضولی فعلی النقل لا یکون من نکاح الأمه علی الحره فلا مانع منه، وعلی الکشف مشکل.

(مسأله ۶): إذا عقد علی حره وعقد وکیله علی أمه، وشک فی السابق منهما لا یبعد صحتهما، وإن لم تجز الحره، والأحوط طلاق الأمه مع عدم إجازه الحره.

(مسأله ۷): لو شرط فی عقد الحره أن تأذن فی نکاح الأمه علیها صح، ولکن إذا لم تأذن لم یصح، بخلاف ما إذا شرط علیها أن یکون له نکاح الأمه.

ص:۲۷۹

فصل فی نکاح العبید

فصل

فی نکاح العبید والإماء

(مسأله ١): أمر تزویـج العبـد والأمه بید السـید، فیجوز له تزویجهما ولو من غیر رضاهما، أو إجبارهما علی ذلک، ولا یجوز لهما العقـد علی نفسـهما من غیر إذنه، کمـا لا یجوز لغیرهما العقـد علیهما کـذلک، حتی لو کان لهما أب حر، بل یکون إیقاع العقد منهما أو من غیرهما علیهما حراماً إذا کان ذلک بقصد ترتیب الأثر، ولو لا مع إجازه المولی. نعم لو کان ذلک بتوقع الإجازه منه فالظاهر عدم حرمته، لأنه لیس تصرفاً فی مال الغیر عرفاً، کبیع الفضولی مال غیره.

وأما عقدهما علی نفسهما من غیر إذن المولی ومن غیرهما بتوقع الإجازه فقد یقال بحرمته لسلب قدرتهما، وإن لم یکونا مسلوبی العباره، لکنه مشکل لانصراف سلب القدره عن مثل ذلک.

وکذا لو باشر أحدهما العقد للغیر بإذنه أو فضوله فإنه لیس بحرام علی الأقوی،

وإن قيل بكونه حراماً.

(مسأله ۲): لو تزوج العبد من غير إذن المولى وقف على إجازته، فإن أجاز صح، وكذا الأمه على الأقوى، والإجازه كاشفه، ولا فرق فى صحته بها بين أن يكون بتوقعها أو لا، بل على الوجه المحرم، ولا يضره النهى لأنه متعلق بأمر خارج متحد.

والظاهر اشتراط عدم الرد منه قبل الإجازه فلا تنفع الإجازه بعد الرد.

وهل يشترط فى تأثيرها عدم سبق النهى من المولى فيكون النهى السابق كالرد بعد العقد أو لا، وجهان، أقواهما الثانى.

(مسأله ۳): لو باشر المولى تزويج عبده أو أجبره على التزويج فالمهر إن لم يعين فى عين يكون فى ذمه المولى، ويجوز أن يجعله فى ذمه العبد يتبع به بعد العتق مع رضاه، وهل له ذلك قهراً عليه، فيه إشكال، كما إذا استدان على أن يكون الدين فى ذمه العبد من غير رضاه.

وأما لو أذن له فى التزويج فإن عين كون المهر فى ذمته، أو فى ذمه العبد، أو فى عين معينه تعين، وإن أطلق ففى كونه فى ذمته أو فى ذمه العبد مع ضمانه له وتعهده أداءه عنه أو كونه فى كسب العبد، وجوه أقواها الأول، لأن الإذن فى الشىء إذن فى لوازمه، وكون المهر عليه بعد عدم قدره العبد على شىء، وكونه كلاً على

مولاه من لوازم الإذن فی التزويج عرفاً.

وكذا الكلام فی النفقه، ويدل عليه أيضاً فی المهر روايه علی ابن أبی حمزه، وفی النفقه موثقه عمار الساباطی.

ولو تزوج العبد من غير إذن مولاه ثم أجاز، ففی كونه كالإذن السابق فی كون المهر علی المولی أو بتعهده أو لا، وجهان.

ويمكن الفرق بين ما لو جعل المهر فی ذمته فلا دخل له بالمولی وإن أجاز العقد، أو فی مال معين من المولی أو فی ذمته فيكون كما عين، أو أطلق فيكون علی المولی.

ثم إن المولی إذا أذن فتاره يعين مقدار المهر، وتاره يعمم، وتاره يطلق، فعلی الأولين لا إشكال، وعلی الأخير ينصرف إلی المتعارف، وإذا تعدی وقف علی إجازته، وقيل: يكون الزائد فی ذمته يتبع به بعد العتق.

وكذا الحال بالنسبه إلی شخص الزوجه، فإنه إن لم يعين ينصرف إلی اللائق بحال العبد من حيث الشرف والضعه فإن تعدی وقف علی إجازته.

(مسأله ۴): مهر الأمه المزوجه للمولی، سواء كان هو المباشر أو هی بإذنه أو بإجازته، ونفقتها علی الزوج إلّا إذا منعها مولاها عن التمكين لزوجها، أو اشترط كونها عليه، وللمولی استخدامها

بما لا ينافى حق الزوج، والمشهور أن للمولى أن يستخدمها نهاراً ويخلى بينها وبين الزوج ليلا، ولابأس به، بل يستفاد من بعض الأخبار.

ولو اشترطا غير ذلک فهما على شرطهما.

ولو أراد زوجها أن يسافر بها هل له ذلک من دون إذن السيد، قد يقال ليس له، بخلاف ما إذا أراد السيد أن يسافر بها فإنه يجوز له من دون إذن الزوج، والأقوى العكس، لأن السيد إذا أذن بالتزويج فقد التزم بلوازم الزوجيه، والرجال قوامون على النساء.

وأما العبد المأذون فى التزويج فأمره بيد مولاه، فلو منعه من الاستمتاع يجب عليه طاعته إلاّ ما كان واجباً عليه من الوطى فى كل أربعه أشهر، ومن حق القسم.

(مسأله ۵): إذا أذن المولى للأمه فى التزويج وجعل المهر لها صح على الأقوى من ملكيه العبد والأمه، وإن كان للمولى أن يتملک ما ملكاه، بل الأقوى كونه مالكاً لهما ولمالهما ملكيه طوليه.

(مسأله ۶): لو كان العبد أو الأمه لمالكين أو أكثر، توقف صحه النكاح على إذن الجميع، أو إجازتهم، ولو كانا مبعضين توقف على إذنهما وإذن المالک وليس له إجبارهما حينئذ.

(مسأله ۷): إذا اشترت العبدَ زوجتُه بطل النكاح وتستحق المهر إن كان ذلک بعد الدخول، وأما أن كان قبله ففى سقوطه أو سقوط

نصفه أو ثبوت تمامه وجوه مبنيه على أنه بطلان أو انفساخ.

ثم هل يجرى عليها حكم الطلاق قبل الدخول أو لا، وعلى السقوط كلًا إذا اشترته بالمهر الذى كان لها فى ذمه السيد بطل الشراء، للزوم خلو البيع عن العوض.

نعم لا بأس به إذا كان الشراء بعد الدخول، لاستقرار المهر حينئذ، وعن العلامه فى القواعد البطلان إذا اشترته بالمهر الذى فى ذمه العبد وإن كان بعد الدخول، لأن تملكها له يستلزم براءه ذمته من المهر فيخلو البيع عن العوض، وهو مبنى على عدم صحه ملكيه المولى فى ذمه العبد، ويمكن منع عدم الصحه مع أنه لا يجتمع ملكتيها له ولما فى ذمته، بل ينتقل ما فى ذمته إلى المولى بالبيع حين انتقال العبد إليها.

(مسأله ٨): الولد بين المملوكين رق، سواء كان عن تزويج مأذون فيه، أو مجاز، أو عن شبهه مع العقد، أو مجرده، أو عن زنا منهما، أو من أحدهما، بلا عقد، أو عن عقد معلوم الفساد عندهما، أو عند أحدهما.

وأما إذا كان أحد الأبوين حراً فالولد حر إذا كان عن عقد صحيح أو شبهه مع العقد أو مجرده، حتى فيما لو دلست الأمه نفسها بدعواها الحريه فتزوجها حر على الأقوى، وإن كان يجب عليه حينئذ دفع قيمه

الولد إلى مولاها، وأما إذا كان عن عقد بلا إذن مع العلم من الحر بفساد العقد، أو عن زنا من الحر منهما فالولد رق.

ثم إذا كان المملوكان لمالك واحد فالولد له، وإن كان كل منهما لمالك فالولد بين المالكين بالسويه، إلّا إذا اشترطا التفاوت أو الاختصاص بأحدهما.

هذا إذا كان العقد بإذن المالكين أو مع عدم الإذن من واحد منهما، وأما إذا كان بالإذن من أحدهما فالظاهر أنه كذلك، ولكن المشهور أن الولد حينئذ لم يأذن، ويمكن أن يكون مرادهم فی صوره إطلاق الإذن بحيث يستفاد منه إسقاط حق نمائيه الولد، حيث إن مقتضی الإطلاق جواز التزويج بالحر أو الحره، وإلا فلا وجه له.

وكذا لو كان الوطی شبهه منهما، سواء كان مع العقد أو شبهه مجرده، فإن الولد مشترک، وأما لو كان الولد عن زنا من العبد فالظاهر عدم الخلاف فی أن الولد لمالك الأمه، سواء كان من طرفها شبهه أو زنا.

(مسأله ۹): إذا كان أحد الأبوين حراً فالولد حر لا يصح اشتراط رقيته على الأقوی فی ضمن عقد التزويج فضلًا عن عقد خارج لازم، ولا يضر بالعقد إذا كان فی ضمن عقد خارج، وأما إن كان فی

ضمن عقد التزويج فمبنى على فساد العقد بفساد الشرط وعدمه، والأقوى عدمه.

ويحتمل الفساد وإن لم نقل به فى سائر العقود إذا كان من له الشرط جاهلًا بفساده، لأن فى سائر العقود يمكن جبر تخلف شرطه بالخيار، بخلاف المقام حيث إنه لا يجرى خيار الاشتراط فى النكاح، نعم مع العلم بالفساد لا فرق، إذ لا خيار فى سائر العقود أيضاً.

(مسأله ١٠): إذا تزوج حر أمه من غير إذن مولاها حرم عليه وطيها، وإن كان بتوقع الإجازه، وحينئذ فإن أجاز المولى كشف عن صحته على الأقوى من كون الإجازه كاشفه، وعليه المهر والولد حر ولا يحد حد الزنا وإن كان عالماً بالتحريم، بل يعزر.

وإن كان عالماً بلحوق الإجازه فالظاهر عدم الحرمه وعدم التعزير أيضاً.

وإن لم يجز المولى كشف عن بطلان التزويج، ويحد حينئذ حد الزنا إذا كان عالماً بالحكم، ولم يكن مشتبهاً من جهه أخرى، وعليه المهر بالدخول، وإن كانت الأمه أيضاً عالمه على الأقوى، وفى كونه المسمى أو مهر المثل، أو العشر إن كانت بكراً ونصفه إن كانت ثيباً، وجوه، بل أقوال، أقواها الأخير ويكون الولد لمولى الأمه.

وأما إذا كان جاهلًا بالحكم أو مشتبهاً من جهه أخرى، فلا يحد، ويكون الولد حراً، نعم ذكر بعضهم أن عليه قيمته يوم سقط حياً، ولكن

لا ـ دليـل عليه فى المقـام، ودعوى أنه تفويت لمنفعه الأـمه كمـا ترى، إذ التفويت إنمـا جـاء من قبل حكم الشارع بالحريه، وعلى فرضه فلا وجه لقيمه يوم التولد، بل مقتضى القاعده قيمه يوم الانعقاد، لأنه انعقد حراً فيكون التفويت فى ذلك الوقت.

(مسأله ١١): إذا لم يجز المولى العقد الواقع على أمته ولم يرده أيضاً حتى مات، فهل يصح إجازه وارثه له أم لا، وجهان، أقواهما العدم، لأنها على فرضها كاشفه، ولا يمكن الكشف هنا الآن المفروض أنها كانت للمورث، وهو نظير من باع شيئاً ثم ملك.

(مسأله ١٢): إذا دلست أمه فـادعت أنهـا حره فتزوجها حر ودخل بها، ثم تبين الخلاف وجب عليه المفارقه وعليه المهر لسـيدها، وهو العشـر ونصف العشـر على الأقوى، لا المسمى ولا مهر المثل، وإن كان أعطاها المهر استرد منها إن كان موجوداً، وإلا تبعت به بعـد العتق، ولوجاءت بولد ففى كونه حراً أو رقاً لمولاها قولان، فعن المشـهور إنه رق، ولكن يجب على الأب فكه بدفع قيمته يوم سـقط حياً، وإن لم يكن عنده ما يفكه به سـعى فى قيمته، وإن أبى وجب على الإمام (عليه السلام) دفعها من سهم الرقاب أو من مطلق بيت المال.

والأقوى كونه حراً، كما فى سائر موارد اشـتباه الحر، حيث إنه لا إشكال فى كون الولد حراً فلا خصوصيه لهذه الصوره، والأخبار الداله على رقيته منزله على

أن للمولى أخذه ليتسلم القيمه، جمعاً بينها وبين ما دل على كونه حراً.

وعلى هذا القول أيضاً يجب عليه ما ذكر من دفع القيمه أو السعى أو دفع الإمام (عليه السلام)، لموثقه سماعه((١)).

هذا كله إذا كان الوطى حال اعتقاده كونها حره.

وأما إذا وطأها بعد العلم بكونها أمه فالولد رق لأنه من زنا حينئذ، بل وكذا لو علم سبق رقيتها فادعت أن مولاها أعتقها ولم يحصل له العلم بذلك ولم يشهد به شاهدان، فإن الوطى حينئذ أيضاً لا يجوز لاستصحاب بقائها على الرقيه.

نعم لو لم يعلم سبق رقيتها جاز له التعويل على قولها لأصاله الحريه، فلو تبين الخلاف لم يحكم برقيه الولد، وكذا مع سبقها مع قيام البينه على دعواها.

(مسأله ١٣): إذا تزوج عبد بحره من دون إذن مولاه ولا إجازته كان النكاح باطلًا، فلا تستحق مهراً ولا نفقه، بل الظاهر أنها تحد حد الزنا إذا كانت عالمه بالحال وأنه لا يجوز لها ذلك، نعم لو كان ذلك لها بتوقع الإجازه واعتقدت جواز الإقدام حينئذ بحيث تكون شبهه فى حقها لم تحد، كما أنه كذلك إذا علمت بمجىء الإجازه.

١- الوسائل: ج١٤ ص٥٧٩ الباب ١٦ من أبواب ن ك اح العبيد والإماء ح٥

وأما إذا كان بتوقع الإجازه وعلمت مع ذلك بعدم جواز ذلك فتحد مع عدم حصولها، بخلاف ما إذا حصلت فإنها تعزر حينئذ لمكان تجريها.

وإذا جاءت بولد فالولد لمولى العبد مع كونه مشتبهاً، بل مع كونه زانياً أيضاً، لقاعده النمائيه بعد عدم لحوقه بالحره.

وأما إذا كانت جاهله بالحال فلا حد والولد حر وتستحق عليه المهر يتبع به بعد العتق.

(مسأله ۱۴): إذا زنى العبد بحره من غير عقد فالولد حر وإن كانت الحره أيضاً زانيه، ففرق بين الزنا المجرد عن عقد، والزنا المقرون به مع العلم بفساده حيث قلنا إن الولد لمولى العبد.

(مسأله ۱۵): إذا زنى حر بأمه فالولد لمولاها، وإن كانت هى أيضاً زانيه، وكذا لو زنى عبد بأمه الغير فإن الولد لمولاها.

(مسأله ۱۶): يجوز للمولى تحليل أمته لعبده، وكذا يجوز له أن ينكحه إياها، والأقوى إنه حينئذ نكاح لا تحليل، كما أن الأقوى كفايه أن يقول له: أنكحتك فلانه، ولايحتاج إلى القبول منه أو من العبد، لإطلاق الأخبار ولأن الأمر بيده فإيجابه مغن عن القبول.

بل لا يبعد أن يكون الأمر كذلك فى سائر المقامات، مثل الولى والوكيل عن الطرفين، وكذا إذا وكل غيره فى التزويج فيكفى قول الوكيل أنكحت أمه موكلى لعبده فلان، أو أنكحت عبد موكلى أمته، وأما لو أذن للعبد

والأمه فى التزويج بينهما فالظاهر الحاجه إلى الإيجاب والقبول.

(مسأله ١٧): إذا أراد المولى التفريق بينهما لا ـ حاجه إلى الطلاق، بل يكفى أمره إياهما بالمفارقه، ولا يبعد جواز الطلاق أيضاً، بأن يأمر عبده بطلاقها، وإن كان لا يخلو من إشكال أيضاً.

(مسأله ١٨): إذا زوج عبده أمته يستحب أن يعطيها شيئاً، سواءً ذكره فى العقد أو لا، بل هو الأحوط، وتملك الأمه ذلك بناءً على المختار من صحه ملكيه المملوك إذا ملكه مولاه أو غيره.

(مسأله ١٩): إذا مات المولى وانتقلا إلى الوارثه فلهم أيضاً الأمر بالمفارقه بدون الطلاق، والظاهر كفايه أمر أحدهم فى ذلك.

(مسأله ٢٠): إذا زوج الأمه غير مولاها من حر فأولدها جاهلاً ـ بكونها لغيره، عليه العشر أو نصف العشر لمولاها، وقيمه الولد، ويرجع بها على ذلك الغير، لأنه كان مغروراً من قبله، كما أنه إذا غرته الأمه بتدليسها ودعواها الحريه تضمن القيمه وتتبع به بعد العتق، وكذا إذا صار مغروراً من قبل الشاهدين على حريتها.

(مسأله ٢١): لو تزوج أمه بين شريكين بإذنهما، ثم اشترى حصه أحدهما أو بعضها، أو بعضاً من حصه كل منهما، بطل نكاحه

ولايجوز له بعد ذلك وطيها.

وكذا لو كانت لواحد واشترى بعضها.

وهل يجوز له وطيها إذا حللها الشريك، قولان: أقواهما نعم للنص.

وكـذا لا يجوز وطى مَن بعضه حر إذا اشترى نصـيب الرقيه لا بالعقـد ولا بالتحليل منها، نعم لو هاياها فالأقوى جواز التمتع بها فى الزمان الذى لها، عملاً بالنص الصحيح، وإن كان الأحوط خلافه.

ص:۲۹۲

فصل فی الطوارئ

فصل

فی الطوارئ

وهی العتق والبیع والطلاق.

أما العتق، فإذا أعتقت الأمه المزوجه کان لها فسخ نکاحها إذا کانت تحت عبد بل مطلقاً وإن کانت تحت حر علی الأقوی، والظاهر عدم الفرق بین النکاح الدائم والمنقطع، نعم الحکم مخصوص بما إذا أعتق کلها، فلا خیار لها مع عتق بعضها علی الأقوی، نعم إذا أعتق البعض الآخر أیضاً ولو بعد مده کان لها الخیار.

(مسأله ۱): إذا کان عتقها بعد الدخول ثبت تمام المهر، وهل هو لمولاها أو لها، تابع للجعل فی العقد، فإن جعل لها فلها، وإلا فله، ولمولاها فی الصوره الأولی تملکه کما فی سائر الموارد، إذ له تملک مال مملوکه بناء علی القول بالملکیه، لکن هذا إذا کان قبل انعتاقها.

وأما بعد انعتاقها فلیس له ذلک، وإن کان قبل الدخول ففی سقوطه أو سقوط

نصـفه أو عـدم سـقوطه أصـلا وجوه، أقواهـا الأخير، وإن كان مقتضـى الفسـخ الأول، وذلك لعـدم معلوميه كون المقام من باب الفسخ لاحتمال كونه من باب بطلان النكاح مع اختيارها المفارقه، والقياس على الطلاق فى ثبوت النصف لا وجه له.

(مسأله ۲): إذا كان العتق قبل الدخول والفسخ بعده، فإن كان المهر جعل لها فلها، وإن جعل للمولى أو أطلق ففى كونه لها أو له قولان، أقواهما الثانى، لأنه ثابت بالعقد وإن كان يستقر بالدخول، والمفروض أنها كانت أمه حين العقد.

(مسأله ۳): لو كـان نكحهـا بـالتفويض، فـإن كـان بتفويض المهر فالظـاهر أن حاله حال ما إذا عين فى العقـد، وإن كان بتفويض البضع فإن كان الانعتاق بعـد الـدخول وبعد التعيين فحاله حال ما إذا عين حين العقد، وإن كان قبل الدخول فالظاهر أن المهر لها لأنه يثبت حينئذ بالدخول والمفروض حريتها حينه.

(مسأله ۴): إذا كان العتق فى العده الرجعيه فالظاهر أن الخيار باق، فإن اختارت الفسخ لم يبق للزوج الرجوع حينئذ، وإن اختارت البقاء بقى له حق الرجوع.

ثم إذا اختارت الفسخ لا تتعدد العده، بل

یکفیها عده واحده، ولکن علیها تتمیمها عده الحره، وإن کانت العده بائنه فلا خیار لها علی الأقوی.

(مسأله ۵): لا یحتاج فسخها إلی إذن الحاکم.

(مسأله ۶): الخیار علی الفور علی الأحوط فوراً عرفیاً، نعم لوکانت جاهله بالعتق أو بالخیار أو بالفوریه جاز لها الفسخ بعد العلم، ولا یضره التأخیر حینئذ.

(مسأله ۷): إن کانت صبیه أو مجنونه فالأقوی أن ولیها یتولی خیارها.

(مسأله ۸): لا یجب علی الزوج إعلامها بالعتق أو بالخیار إذا لم تعلم، بل یجوز له إخفاء الأمر علیها.

(مسأله ۹): ظاهر المشهورعدم الفرق فی ثبوت الخیار لها بین أن یکون هو المباشر لتزویجها أو آذنها فاختارت هی زوجاً برضاها، ولکن یمکن دعوی انصراف الأخبار إلی صوره مباشره المولی بلا اختیار منها.

(مسأله ۱۰): لو شرط مولاها فی العتق عدم فسخها فالظاهر صحته.

(مسأله ۱۱): لو أعتق العبد لاخیار له ولا لزوجته.

(مسأله ۱۲): لو كان عند العبد حره وأمتان، فأعتقت إحدى الأمتين، فهل لها الخيار أو لا، وجهان.

وعلى الأول إن اختارت البقاء فهل يثبت للزوج التخيير أو يبطل نكاحها، وجهان.

وكذا إذا كان عنده ثلاث أو أربع إماء فأعتقت إحداها.

ولو أعتق فى هذا الفرض جميعهن دفعه ففى كون الزوج مخيراً، وبعد اختياره يكون التخيير للباقيات، أو التخيير من الأول للزوجات، فإن اخترن البقاء فله التخيير، أو يبطل نكاح الجميع، وجوه.

فصل فی العقد وأحکامه

اشاره

فصل

فی العقد وأحکامه

(مسأله ۱): یشترط فی النکاح الصیغه، بمعنی الإیجاب والقبول اللفظیین

فصل

فی العقد وأحکامه

مسأله ۱ اشت ا رط الصیغه فی النکاح

(مسأله ۱): {یشترط فی النکاح الصیغه، بمعنی الإیجاب والقبول اللفظیین} بلا إشکال ولا خلاف عندهم، وفی المستند یجب فی النکاح الصیغه باتفاق علماء الإسلام، بل الضروره من دین خیر الأنام.

وفی الحدائق أجمع العلماء من الخاصه والعامه علی توقف النکاح علی الإیجاب والقبول اللفظیین.

وقال الشیخ المرتضی: أجمع علماء الإسلام کما صرح به غیر واحد علی اعتبار أصل الصیغه فی عقد النکاح، فلا یباح بالإباحه أو المعاطاه، وکذا ادعی غیر هؤلاء الإجماع.

واستدل لذلک بأمور:

ص:۲۹۷

الأول: الإجماع المذكور.

الثاني: الضروره.

الثالث: أصاله تحريم الفرج إلى أن يثبت سبب الحل شرعاً، كما استدل به الجواهر فى بعض فروع هذه المسأله.

الرابع: إن اللفظ هو الفارق بين النكاح والسفاح، فإذا لم يكن لفظ كان سفاحاً.

الخامس: قوله تعالى: (وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً)((١))، فإن الميثاق لا يكون إلّا باللفظ.

السادس: روايه العجلى، حيث سأله عن الآيه المباركه، قال (عليه السلام): «الميثاق هو الكلمه التى عقد بها النكاح»((٢)).

السابع: السيره المتصله بزمانهم (عليهم السلام)، فإنهم (عليهم السلام) عقدوا بالألفاظ، كما ورد فى جمله من الروايات، وهكذا جرت السيره على ذلك إلى اليوم.

الثامن: ما دل على انعقاد النكاح دائماً إذا لم يذكر المده((٣)).

التاسع: ما دل على أن الهبه لا تحل إلّا لرسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم).

١- سوره النساء: الآيه ٢١

٢- الوسائل: ج١٤ ص١٩٥ الباب ١ من أبواب ن ك اح عقد الن ك اح ح٤

٣- الوسائل: ج١٤ ص١٩٨ الباب ٢ من أبواب ن ك اح عقد الن ك اح ح٢

فعن زراره، عن أبی جعفر (علیه السلام): «لا تحل الهبه لأحد بعد رسول الله (صلی الله علیه وآله وسلم)»((۱)).

وفی حدیث محمد بن قیس، عنه (علیه السـلام)، قال: «فأحل الله هبه المرأه نفسها لرسول الله (صلی الله علیه وآله) ولا یحل ذلک لغیره»((۲)).

فإنه إن لم یحتج النکاح إلی الصیغه الخاصه لم یکن وجه لعدم صحه البهه إلّا للرسول (صلی الله علیه وآله وسلم).

العاشر: إن النکاح موضوع عرفی قد أمضاه الشارع، والعرف لا یرون النکاح إلّا بالصیغه.

أقول: لعل فی مجموع هذه الأمور کفایه.

وإن کان یرد علی الأول: إنه محتمل الاستناد، ومثله لیس بحجه.

وعلی الثانی: الإشکال فی وجود الضروره، وإن کانت فهی فی قبال السفاح، لا فی الاحتیاج إلی اللفظ.

وعلی الثالث: إن إطلاقات النکاح لا تدع مجالاً للأصل.

وعلی الرابع: بما ذکره المستمسک من أن الفارق بین النکاح والسفاح لا یرتبط باللفظ، إذ السفاح الوطی لا بعنوان الزوجیه، وفی النکاح الوطی بعنوان الزوجیه، وإن لم یکن إنشاؤها باللفظ کما فی نکاح بعض أهل الشرائع الباطله

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۲۰۰ الباب ۲ من أبواب ن ک اح عقد الن ک اح ح۹

۲- الوسائل: ج۱۴ ص۲۰۰ الباب ۲ من أبواب ن ک اح عقد الن ک اح ح۸

فإنه نكاح وليس بسفاح وإن كان بغير لفظ، ولذا جعل العمده فى الاحتياج إلى اللفظ الإجماع.

وعلى الخامس: إن الميثاق يكون بغير اللفظ، فإنه مشتق من الوثوق الحاصل أخذه بكل دال عليه.

وعلى السادس: إن الكلمه تشمل كل ظاهره، ولذا يقال: كلمات الله، ويطلق على الكتابه الكلمه، بالإضافه إلى أن الروايه مذيله بقوله (عليه السلام): «وأما قوله تعالى: (غليظاً) فهو ماء الرجل يفضيه إليها)((۱))، فإنه ظاهر فى أن الميثاق الفعل لا القول، أى أن فعل النكاح المقارن للمنى ميثاق غليظ، فلا دلاله فى الروايه على مجرد القول.

وعلى السابع: أن فعلهم (عليهم السلام) لا يدل على الانحصار، بعد صدق النكاح على الفعل بدون القول أيضاً، مثل قوله سبحانه: (زوجناهم بحور عين) حيث إن ظاهره إعطاؤهن لهم لا إجراء اللفظ.

وعلى الثامن: ما سيأتى الكلام فى ذلك من المناقشه فى كون الروايه على خلاف الأصل، لكون العقود تتبع القصود أم لا، وعلى أى حال، لا تكون هذه الروايه دليلاً على مطلب المستدل.

وعلى التاسع: إن المراد بالهبه بلا عوض كهبه المال، ومن المعلوم أن

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۱۹۵ الباب ۱ من أبواب ن ك اح عقد الن ك اح ح۴

فلا يكفى التراضى الباطنى

المرأه لا ـ توهب للرجـل، كمـا أن الرجل لا يوهب للمرأه، ويـدل على ذلك متواتر الروايات التى ذكرها الوسائل وغيره مما يفيد ذلك، مثل ما رواه الحلبى، عن أبى عبد الله (عليه السـلام) فى حديث: «ولا تحل الهبه إلاّ لرسول الله (صـلى الله عليه وآله وسـلم) فأما لغير رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) فلا يصلح نكاح إلاّ بمهر، وذلك معنى قوله: (وامرأه مؤمنه) »((1)) الحديث.

وعلى العاشر: إن شأن النكاح عنـد العرف شأن سائر العقود، يحتاج إلى الرضا والمظهر، فإذا حصـلا حصل العقـد نكاحاً كان أو غيره.

وأمـا قوله (عليه السـلام): «إنمـا يحلل الكلام ويحرم الكلام»، فقـد أجاب عنه الشيخ المرتضـى (رحمه الله) فى باب المعاطاه من المكاسب فراجع.

وكيف كان، فلا يمكن الإغضاء عن الإجماع المدعى فى كلامهم مستفيضاً.

ويؤيـده ما رواه الوسائل فى باب الزنا من كتاب الحـدود، عن سـماعه، قال: سألته (عليه السـلام) عن رجل أدخل جاريه يتمتع بها ثم نسى حتى واقعها، يجب عليه حد الزانى، قال: «لا، ولكن يتمتع بها بعد النكاح ويستغفر ربه مما أتى»((2)).

وإن كان فى دلالته نظر، إذ ظاهرها عدم تعيين المده والمهر مما يشترط فى المتعه، وإنما الكلام فيما إذا كان تعيين بدون لفظ.

{فلا يكفى التراضى الباطنى} بين الزوج والزوجه، أو وليهما، أو ما أشبه،

١- الوسائل: ج١٤ ص٢٠٠ الباب ٢ من أبواب ن ك اح عقد الن ك اح ح٦
٢- الوسائل: ج١٨ ص٤١٢ الباب ٤٢ من أبواب ن ك اح عقد الن ك اح ح١

ولا الإيجاب والقبول الفعليين

لأنه بالإضافه إلى أنه لا لفظ له لا مظهر له، والمظهر شرط فى المعاملات التى هى أقل مرتبه من النكاح فكيف بالنكاح.

{و} كذا {لا ـ} يكفى {الإيجاب والقبول الفعلين} كالمعاطاه، سواء كان الفعل عملاً ـ كالوطى والقبله وما أشبه، أو إشاره كالأ ـخرس، وعدم الكفايه لما تقدم من الدليل، واستثناء الأخرس إنما هو لدليل خاص، بل يكفى فيه عدم شمول الأدله له للانصراف، لكن لا يخفى أن الظاهر أنه لا يكفى التعاطى فى باب النكاح فيما لو أراده المسلم.

أما غير المسلم فقوله (عليه السلام): «لكل قوم نكاح»((١))، شامل له.

ولا يستشكل بأنه كيف حلل الشارع لغير المسلم مالم يحلله للمسلم، لأنه يرد عليه إن مصلحه التحليل أهم.

ثم إن من الإيجاب والقبول الفعليين الكتابه، كما تعتاد عند بعض الأقوام من أن الزوجين يذهبان إلى المحكمه ويسجل الحاكم أنهما رضيا بالزواج بينهما، فإنه أيضاً نوع من الإشاره.

ولو تزوج فى حال غير الإسلام ثم أسلم، لم يحتج إلى إجراء اللفظ، للسيره من زمان النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) إلى هذا الوقت، حيث لا يأمر المسلمون الكافرين الذين دخلوا فى الإسلام جديداً بإعاده النكاح.

١- انظر الوسائل: ج١٨ ص٤٣٠ الباب ١ من أبواب حد القذف ح٣

وأن یکون الإیجاب بلفظ النکاح أو التزویج

وعلی هذا فالرضا والإشاره والتعاطی والکتابه لیست نکاحاً.

ثم ربما یزاد دلیلاً علی عدم کفایه الرضا أنه لو کان کافیاً لم یکن زنا إلاّ فی الإکراه، ومن المعلوم أن غالب الزنا یتم برضی الطرفین، لکن فیه تأمل، إذ عنوان الزنا الذی یقصده الزناه غیر عنوان النکاح الذی یقصده الناکحون.

نعم ربما یکون ما ذکر مؤیداً لاشتراط اللفظ.

{و} یشترط {أن یکون الإیجاب بلفظ النکاح أو التزویج} لأنهما لفظان وردا فی الشریعه کتاباً وسنه، قال تعالی: (زوجناکها)((۱))، ولیس المراد الوطی أو المزاوجه اللغویه.

وقال تعالی: (ولا تنحکوا ما نکح آباؤکم)((۲))، والمراد الزواج لا الوطی، وذلک لحرمه منکوحه الأب علی الابن، ولوکان المراد الوطی لم تدل الآیه علی حرمه المنکوحه مطلقاً.

وعلی هذا فلا یقال: باحتمال أن یراد بالأول المزاوجه، مثل قوله تعالی: (زوجناهم بحور عین)((۳))، وبالثانیه الوطی مثل قوله تعالی: (الزانی لا ینکح إلا زانیه)، حیث قالوا: المراد بالآیه إن الزناه والزوانی یطابق بعضهم بعضاً فی عمل القبیح

۱- سوره الأحزاب: الآیه ۳۷
۲- سوره النساء: الآیه ۲۲
۳- سوره الدخان: الآیه ۵۴

على الأحوط فلا يكفى بلفظ المتعه فى النكاح الدائم، وإن كان لا يبعد كفايته مع الإتيان بما يدل على إراده الدوام

{على الأحوط فلا يكفى المتعه فى النكاح الدائم، وإن كان لا يبعد كفايته مع الإتيان بما يدل على إراده الدوام}، كأن تقول المرأه: متعتك نفسى دائماً، فيقول الرجل: قبلت.

استدل المانع: بأصاله عدم الانعقاد، وأن فى النكاح شوب عباده فهو توقيفى، وأن المتعه مجاز فى الدائم، وقد قرروا عدم الإتيان بالألفاظ المشتركه والمجازيه فى العقود، والإجماع الذى ادعاه الطبريات.

والكل كما ترى.

لأن الأصل لا مجاله له إلّا عند إعواز الدليل، والدليل موجود، فإن إطلاقات النكاح والوفاء بالعقد شامل له، والمانع يقول بالصحه فى المنقطع فيما قال: متعت، فلا منافاه بين العباديه والصحه فى المقام أيضاً، وما قرروه ليس بتام، ولذا أجاز نفس المانع الإجراء بلفظى النكاح والزواج وهما مشتركان كما عرفت، والإجماع مخدوش كبرى وصغرى كما لا يخفى.

وحيث ظهر الإشكال فى قول المانع لم يستبعد كفايه لفظ المتعه لإفادته مفهوم النكاح، ووروده فى باب المنقطع، بالإضافه إلى ما دل على أنه لو لم يذكر الأجل انقلب دائماً، فإن الظاهر من ذلك أن المتعه صالحه للأمرين، بل قد يقال: إن حقيقه النكاح شىء واحد، وإنما ذكر الأجل وعدم ذكره يؤثر فى الآثار، فليس تلك الروايات خلاف القاعده القطعيه من أن العقود تتبع القصود، إذ يكون حاله حال من أجرى البيع ولم يذكر الشرط مع أنه أراده، فالعقد لا يتبع

ويشترط العربيه مع التمكن منها

القصـد المجرد، بـل القصـد الملفوظ به، فكمـا أن فى البيع لاـ نقول بالبطلاـن، لأـنه بـدون خيار ليس بمقصود، ولا نقول بوجود الخيار لأنه قصـده، بل نقول بالصـحه بلا خيار، لأن القصـد بـدون المظهر لا أثر له، كـذلك فى المقام، المتعه معناها النكاح فإن ذكر الأجل حال كونه مقصوداً له تحققت آثار المنقطع، وإلا كان على الأصل دائماً.

وكيف كان، فالإشكال فى أن الروايه التى ذكرت حكم الانقلاب غير وارد.

{ويشترط العربيه مع التمكن منها}، كما اختاره واحد، بل عن المبسوط والتذكره الإجماع عليه، وقال فى المستند: (وفاقاً لغير من شذ وندر، بل بإجماعنا، إلى أن قال: خلافاً للمحكى عن ابن حمزه، فاستحب العربيه، واختاره فى المفاتيح وشرحه، واستقربه فى الكشف) انتهى.

أقول: وفى المستمسك إن البناء على جواز غير العربى هو المتعين.

وهذا هو الظاهر للأصل والإطلاقات، بعد أن أدله القول بوجوب العربيه مخدوشه، فإنهم استدلوا لذلك بأمور:

الأول: أصاله عدم الانعقاد بغيرها.

الثاني: إن فى النكاح شائبه عباده فهى توقيفيه.

الثالث: إن الآيات والروايات الوارده فى النكاح كلها بالعربيه.

الرابع: الإجماع المتقدم.

ولو بالتوكيل على الأحوط، نعم مع عدم التمكن منها ولو بالتوكيل على الأحوط يكفى غيرها من الألسنه

الخامس: ما عن التذكره من أن غير العربى بالنسبه إليه كالكنايه فلا يعتبر به.

السادس: إن الاحتياط فى الفروج يقتضى ذلك، كما عن كشف اللثام.

وفى الكل ما لا يخفى، فإنه لا أصل فى المقام بعد شمول الإطلاقات وأصاله عدم الاشتراط، وما فى الجواهر من انصراف الإطلاقات إلى العربيه غير تام، ولو سلم الانصراف فهو بدوى، وكون النكاح فيه شائبه عباده ممنوع صغرى وكبرى، والآيات والروايات إنما كانت بالعربيه لأنها لسانهما كما فى سائر المعاملات، والإجماع محتمل الاستناد، بالإضافه إلى من عرفت من عدم ذهابهم إلى ذلك، وكون غير العربى كالكنايه ممنوع، والاحتياط حسن، لا أنه لازم بعد وجود المطلقات.

ومما تقدم يعرف أنه لا وجه لتفصيل السيد الجمال، حيث قال: (لا يبعد صحه النكاح من كل قوم بلسانهم)، إذ لو شمل الإطلاق كل ما أدى النكاح لم يكن فرق بين أن يكون بلغتهم أم لا.

نعم لا إشكال فى أن الأحوط ملاحظه العربيه مطلقاً، خصوصاً إذا كان لغته العربيه.

{ولو بالتوكيل على الأحوط} لأنه نوع من التمكن، {نعم مع عدم التمكن منها ولو بالتوكيل على الأحوط يكفى غيرها من الألسنه}، بل عن الذكره الاتفاق هنا على الجواز مع عدم القدره على العربيه، وعدم إمكان التعلم وإن تمكن من التوكيل، وإنما قالوا بجواز الترجمه مع أنهم قالوا بلزوم العربيه، وليس المقام كالصلاه

إذا أتى ترجمه اللفظين من النكاح والتزويج

الواجبه، إذ ليس النكاح واجباً، لأن المستند عندهم غالباً فى لزوم العربيه الإجماع، ولا إجماع مع عدم التمكن من العربيه.

ما فى باب الصلاه فوجوبها بضميمه دليل الميسور يقتضى الإتيان بالترجمه، لكن لا ستقيم ذلك بالنسبه إلى النوافل، إلّا أن يتم الإجماع والأولويه، وما رد من أن الأعجمى يقرأ القرآن ملحوناً فترفعه الملائكه صحيحاً.

ولا يخفى أن لزوم كون الصلاه عربيه ليس استعماراً كما ربما يزعم، بل من جهه توحيد لغه التفاهم بين المسلمين، وهو مطلب عقلائى يهتم به عقلاء العالم بأن تكون لغه مشتركه بين الأقوام المختلفه الداخله فى إطار دين أو قانون واحده.

{إذا أتى بترجمه اللفظين من النكاح والتزويج} لما تقدم من اعتبارهما، فمع عدم إمكانهما أتى بمعناهما، ويضاف على ذلك معنى لفظ (المتعه) إن قلنا بصحتها كما تقدم.

ومثل الترجمه لو جاء بنفس اللفظين، مثلاً قالت فى اللغه الفارسيه: (به نكاح دادم خودم را به شما) أو قال: (تزويج كردم شما را).

ثم إن معنى التزويج جعلهما قرينين مقارنه على نحو خاص، ومعنى النكاح جعلهما ذا علقه بحيث يصح أن يطأ الزوج الزوجه، ومعنى التمتع جعلهما ذا علقه بحيث يصح أن يتلذذ أحدهما بالآخر.

والظاهر أن الترجمه الحرفيه غير لازم، بل يكفى ترجمه المضمون، وذلك للإطلاقات التى لم يخرج منها إلاّ صوره إمكان العربيه، كما أن الظاهر أن العربى الغلط فى حال عدم إمكان الصحيح، بل حال إمكانه كاف

ص:٣٠٧

والأحوط اعتبار الماضويه، وإن كان الأقوى عدمه

فلو قال: (زوجتك نفسى) بكسر نون النفس، أو قال: (جوزتك) بدل (زوجتك) صح، كما ذكره السيد أبو الحسن (رحمه الله)، إذ لا دليل على لزوم صحه العربيه، نعم الاحتياط فى مراعاه الصحه.

وحال العربى العامى حال الفارسيه، وإن كان أقرب منه، فإذا دار الأمر بينهما كان العامى مقدماً.

ومنه يعرف حال مختلف اللهجات، مثل تبديل المصريين الجيم بالكاف، وتبديل السوريين القاف بالهمزه، إلى غير ذلك.

أما الغلط فى الاسم وفى المتعلق الذى ليس من صميم النكاح، كما لو قال: (هفته) مكان (هفده) أو قال: (تينار) مكان (دينار) فالظاهر عدم ضرره حتى مع الإمكان من الصحه، لأنها ليست من الصيغه، والإجماع لا يشمله.

ثم فى العربيه لا ـ حاجه إلى فهم المفردات والخصوصيات، كان تعرف أن (أنكحتك) التاء للفاعل والكاف للمفعول، بل اللازم أن يفهم أن هذه الجمله تؤدى هذا المعنى، وذلك لعدم الدليل على الاشتراط المذكور.

{والأحوط اعتبار الماضويه} بل هو المشهور بين المتأخرين كما نسب إليهم.

واستدل لذلك بالاحتياط، وبعدم صراحه غير الماضى، وبأن المضارع والأمر ليسا موضوعين للإنشاء، إلى غير ذلك من الوجوه الضعيفه.

{وإن كان الأقوى عدمه} كما عن ابن أبى عقيل والمحقق وآخرين، ووافقهم المستند والمستمسك وغيرهما.

ولا فرق بين المتعه والدوام، وإن كان المحكى

ص:٣٠٨

فيكفى المستقبل والجمله الخبريه، كأن يقول: أزوجك، أو أنا مزوجك فلانه، كما أن الأحوط تقديم الإيجاب على القبول

عن بعض شراح المفاتيح ذهاب جماعه من الأصحاب إلى جواز المستقبل فى المتعه خاصه.

{فيكفى المستقبل والجمله الخبريه، كأن يقول: أزوجك، أو أنا مزوجك فلانه} كما يصح فى الطلاق (فلانه طالق) بالجمله الخبريه.

ويؤيده روايه أبان بن تغلب: كيف أقول لها إذا خلوت بها، قال: تقول: «أتزوجك متعةً على كتاب الله وسنه نبيه، لا وارثه ولا موروثه، كذا وكذا يوماً» إلى أن قال: «فإذا قالت: نعم، فقد رضيت فهى امرأتك وأنت أولى الناس بها»، قلت: فإنى أستحيى أن أذكر شرط الأيام، قال (عليه السلام): «هو أضر عليك»، قلت: وكيف، قال: «إنك إن لم تشترط كان تزويج مقام، ولزمتك النفقه فى العده، وكانت وارثه لم تقدر على أن يطلقها إلاّ طلاق السنه».

{كما أن الأحوط} استحباباً {تقديم الإيجاب} من المرأه {على القبول}، كما نسب إلى الأكثر والأشهر فى مطلق العقود، لكن فى المستند إن الأظهر الأشهر كما قيل، بل بالإجماع كما عن المبسوط والسرائر، عدم التوقف عليه، فيجوز تقديم القبول، وهذا هو الأقرب.

استدل للأول: بالاحتياط ونحوه، وبما فى المستمسك من أن القبول العقدى _ أعنى ما يقابل الإيجاب _ مختص بما يتعلق بالإيجاب الماضى، فيكون معنى القبول المقابل للإيجاب هو الرضا بما جعل وأنشأ، أما الرضا بما يجعل وينشأ فلا يكون قبولاً بالمعنى المقابل للإيجاب، فلو تقدم القبول لم يكن قبول بذلك المعنى.

أقول: أما الاحتياط ونحوه فلا يخفى ما فيه بعد وجود الإطلاقات.

وأما الاستدلال المذكور فلأنه إن أراد أن القبول انفعال، والانفعال لا يعقل أن يتقدم على الفعل، ففيه: إن ذلك فى الأمور التكوينيه، وليس ما نحن فيه منها، وإن أراد غير ذلك فعليه أن يثبت أن المحتاج إليه فى العقود كون أحدهما موجباً والآخر قابلًا، أى الاحتياج إلى القبول العقدى بالمعنى الذى ذكره.

فإن الظاهر أن الزوج والزوجه كلاهما يبيح نفسه للآخر، فى إطار الإسلام، وكما يمكن إباحه هذا لتلك يمكن العكس، وكذلك يمكن أن يبيح كل قبل قبول الآخر وبعد قبوله، فإن الامور الاعتباريه خفيف المؤنه.

ومنه يعلم أن ما ذكره المستند وغيره من وجوب أن يكون الإيجاب من جانب الزوجه، والقبول من جانب الزوج، لأنها التى تأخذ العوض، ولأنه الوارد فى الأخبار، غير تام، لأن ركنى العقد هما الزوجان والمهر أمر تشريفى، فهما من قبيل تبديل الحنطه بالشعير، وما فى الأخبار من باب المصداق، وإلا فهما زوجان.

ويؤيد ما ذكرناه من جواز تقديم كلام الرجل على المرأه _ الذى قالوا إنه تقديم القبول على الإيجاب _ ما فى صحيحه زراره من قصه تزويج آدم وحواء (عليهما السلام) حيث قال سبحانه لآدم (عليه السلام): «قد زوجتكها فضمها إليك»، فقال لها آدم: «إلى فأقبلى»((١)).

ص:٣١٠

١- الوسائل: ج١۴ ص٢ الباب ١ من أبواب مقدمات الن ك اح ح١

وكذا الأحوط أن يكون الإيجاب من جانب الزوجه، والقبول من جانب الزوج، وإن كان الأقوى جواز العكس

وفى روايه الهاشمى فى تزويج خديجه (عليها السلام) لرسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم)، قالت خديجه: قد زوجتك يا محمد نفسى، والمهر عليّ فى مالى، وذلك كان بعد أن خطب أبو طالب إلى عمها وتلجلج العم((۱)).

وفى روايه البغدادى فى جواب أبى عبد الله (عليه السلام) خطبته فى نكاح، قال (عليه السلام): «أنكحنا خاطبكم على أن لها من الصداق ما ذكرتم»((۲)).

كما يدل على ذلك ما تقدم من روايه أبان، إلى غيرها من الروايات.

وحيث قد عرفت أن الأمر اعتبارى وهو خفيف المؤنه، فلا فرق أن يكون القبول المقدم قبلت أو رضيت أو غيرهما، فالتفصيل بعدم صحه تقديم (قبلت) وصحه مثل (رضيت) غير ظاهر.

{وكذا الأحوط أن يكون الإيجاب من جانب الزوجه، والقبول من جانب الزوج} لما تقدم من كلام المستند {وإن كان الأقوى جواز العكس} لما عرفت، ويؤيد ذلك ما ورد فى القرآن الحكيم من نسبه النكاح إلى المرأه أيضاً.

قال تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم﴾((۳)).

وقال سبحانه: ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾((۴)).

ص:۳۱۱

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۱۹۷ الباب ۱ من أبواب مقدمات الن ك اح ح۹

۲- ال ك افي: ج۵ ص۳۷۲ باب خطب الن ك اح ح۵

۳- سوره النساء: الآيه ۲۲

۴- سوره البقره: الآيه ۲۳۰

وأن يكون القبول بلفظ قبلت، ولا يبعد كفايه رضيت، ولا يشترط ذكر المتعلقات، فيجوز الاقتصار على لفظ قبلت، دون أن يقول قبلت النكاح لنفسى أو لموكلى بالمهر المعلوم، والأقوى كفايه الإتيان بلفظ الأمر كأن يقول: زوجنى فلانه، فقال: زوجتكها

{و} الأحوط أيضاً استحباباً {أن يكون القبول بلفظ قبلت} لأنه حقيقه المعنى، وللاقتصار عليه فى كلام جماعه، وللاحتياط، ولكن كلها لا تصلح لاحتياط لزومى فكيف بالفتوى.

{و} لذا {لا يبعد} بل الأقوى {كفايه رضيت} وغيره من كل ما يدل على القبول، فإذا قال أحدهما: أنكحتك نفسى، وقال الآخر: رضيت، كفى.

{ولا يشترط ذكر المتعلقات} لا فى طرف الإيجاب، ولا فى طرف القبول، للأصل بعد تحقق النكاح بالمجرد منها.

{فيجوز الاقتصار على لفظ} أنكحت فى الإيجاب، بعد التبانى على الخصوصيات.

كما يجوز الاقتصار على لفظ {قبلت} فى القبول، من {دون} أن يقول: {قبلت النكاح لنفسى أو لموكلى بالمهر المعلوم}، قال فى المستمسك: بلا خلاف عندنا ولا إشكال.

{والأقوى كفايه الإتيان بلفظ الأمر، كأن يقول: زوجنى فلانه، فقال: زوجتكها}

وذلک لصدق الإطلاقات علیه، ولذا اختاره الشیخ وابنا حمزه وزهره والشرایع وغیرهم.

ویدل علیه خبر سهل الساعدی، الذی رواه الخاصه والعامه، بل عن المسالک إنه المشهور بینهما، ورواه کل منهما فی الصحیح:

إن امرأه أتت رسول الله (صلی الله علیه وآله وسلم) فقالت: یا رسول الله (صلی الله علیه وآله وسلم) وهبت نفسی لک، وقامت قیاماً طویلاً، فقام رجل وقال: یا رسول الله (صلی الله علیه وآله وسلم) زوجنیها إن لم یکن لک فیها حاجه، فقال رسول الله (صلی الله علیه وآله وسلم): «هل عندک من شیء تصدقها إیاه»، فقال: ما عندی إلّا إزاری هذا، فقال رسول الله (صلی الله علیه وآله وسلم): «إن أعطیتها إزارک جلست لا إزار لک، اجلس التمس ولو خاتماً من حدید» فلم یجد شئاً، فقال رسول الله (صلی الله علیه وآله وسلم): «هل معک من القرآن شیء» قال: نعم سوره کذا وسوره کذا، السور التی سماها، فقال رسول الله (صلی الله علیه وآله وسلم): «زوجتک بما معک من القرآن»((1)).

وفی صحیح محمد بن مسلم، المروی فی الکافی والتهذیب، قال: جاءت امرأه إلی النبی (صلی الله علیه وآله وسلم) فقالت: زوجنی، فقال رسول الله (صلی الله علیه وآله وسلم): «من لهذه» فقام رجل فقال: أنا یا رسول الله زوجنیها، فقال: «ما تعطیها»، فقال: ما لی شیء، قال (صلی الله علیه وآله وسلم): «لا»، فأعادت، فأعاد رسول الله (صلی الله علیه وآله) الکلام، فلم یقم أحد غیر الرجل، ثم أعادت، فقال رسول الله (صلی

۱- المستدر ک : ج۲ ص۵۶۳ الباب ۱ من أبواب عقد الن ک اح ح۴

وإن كان الأحوط خلافه.

الله عليه وآله وسلم) في المره الثالثه: «أتحسن من القرآن شيئاً» قال: نعم، قال: «قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن فعلّمها إياه»((١)).

وفي روايه السكوني: جاءت امرأه إلى النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) فقالت: زوجني، فقال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): «من لهذه» فقام رجل، _ إلى أن قال: _ «قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن، فعلّمها إياه»((٢)).

وحيث ليس في شيء من طرق الحديث أن الرجل أعاد القبول، فيكون قوله قبولاً مقدماً على الإيجاب، كما ذكره الجماعه.

وقد تقدم أنه يصح أن يكون إيجاباً لعدم الدليل على لزوم كون الإيجاب من المرأه.

وعلى كل حال فالأمر كاف في كونه قبولاً أو إيجاباً.

{وإن كان الأحوط} احتياطاً استحباباً {خلافه} بل عن ابن إدريس ومختلف العلامه والجامع المنع لأصاله عدم العصمه وللاحتياط في الفروج، والروايه تنزل على ما عن الشهيد في شرح الإرشاد من أن الواقع من النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) قام مقام الإيجاب والقبول، لثبوب الولايه المستفاد من قوله تعالى: **(النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم)**((٣))، فيكون ذلك من خواصه (عليه السلام).

وأشكل فيها بعض آخر لإجمالها واحتمالها أن تكون قصه لبعض الأمر لا لكله.

١- الوسائل: ج١٥ ص٣ الباب ٢ من أبواب المهور ح٢

٢- الوسائل: ج١٤ ص١٩٥ الباب ٢ من أبواب عقد النكاح ح٣

٣- سوره الأحزاب: الآيه ٦

وقـال فى الجواهر: الإنصـاف عـدم خلو دلاله الخبر المزبور على ذلك من الإشـكال، ــ إلى أن قال: ــ على أنه لو كان قبولاً لزم جواز التخلل بين الإيجاب والقبول بالكلام الكثير، إلخ.

أقول: أصاله عـدم العصـمه والاحتياط لا مجال لهما بعـد الإطلاق والنص، والإشـكالات المذكوره غير كافيه لإسـقاط الروايه، إذ إعمـاله (صـلى الله عليه وآله وسـلم) الولا ـيه خلا ـف كـونه أسوه، ولا ـ إجمـال فى الروايه، وكونهـا بعض القصه خلا ـف الظـاهر، والتخلل بين الإيجاب والقبول بالكلام الكثير لا مانع منه بعد الصدق، فما استظهره المصنف هو المتعين.

ص:٣١٥

مسأله ۲ کفایه الإشاره للأخرس

(مسأله ۲): الأخرس یکفیه الإیجاب والقبول بالإشاره مع قصد الإنشاء، وإن تمکن من التوکیل علی الأقوی.

(مسأله ۲): {الأخرس یکفیه الإیجاب والقبول بالإشاره مع قصد الإنشاء} بلا خلاف ظاهر، وعن کشف اللثام إنه مما قطع به الأصحاب.

{وإن تمکن من التوکیل علی الأقوی} وذلک لإطلاق أدله العقود الشامل له، لأنه عقده.

ویؤیده فحوی ما ورد فی الطلاق، مثل صحیح البزنطی، عن الرضا (علیه السلام)، فی الأخرس الذی لا یکتب ولا یسمع کیف یطلقها، قال: «بالذی یعرف به من أفعاله»((۱)).

أما استدلال المستمسک لذلک بما ورد فی قراءته وتلبیته وتشهده فلا یخفی ما فیه، لأنها تکالیفه المتعینه، فإذا لم یقدر علی بعضها شمل المقدور له دلیل المیسور، ولیس المقام مثل ذلک.

ثم إنه لا فرق بین الخرس الدائم والموقت، کما إذا انعقد لسانه لمده من جهه مرض ونحوه.

ومثله الکلام فی ما إذا کان الولی للطفل أخرس وأراد زواجه.

۱- الوسائل: ج۱۵ ص۳۰۰ الباب ۱۹ من أبواب مقدمات الطلاق ح۱

مسأله ۳ عدم كفايه الكتابه

(مسأله ۳): لا يكفى فى الإيجاب والقبول الكتابه.

(مسأله ۳): {لاـ يكفى فى الإيجاب والقبول الكتابه} على المشهور، واستدل له بالاحتياط والإجماع على اعتبار اللفظ، وبما فى جامع المقاصد من أن الكتابه كنايه ولا يقع النكاح بالكنايات.

ويرد على الأول: إنه لا مجال للاحتياط بعد شمول دليل العقد، فإذا كتبنا البيع ونحوه صدق عرفاً أنهما عقدا، وليست المعاهدات الدوليه المبرمه بالكتابه إلّا قسماً من العقود.

والإجماع على اللفظ محتمل الاستناد، وكلام جامع المقاصد مخدوش صغرى وكبرى، فالقول بالكفايه ليس بذلك البعيد، وإن كان الفتوى به مشكله جداً.

نعم ينبغى عدم الإشكال فى ما إذا كتب الأخرس لأنه نوع من الإشاره بل أقومها.

ص:۳۱۷

مسأله ۴ عدم وجوب التطابق فى الألفاظ

(مسأله ۴): لا يجب التطابق بين الإيجاب والقبول فى ألفاظ المتعلقات، فلو قال: أنكحتك فلانه، فقال: قبلت التزويج، أو بالعكس كفى، وكذا لو قال: على المهر المعلوم، فقال الآخر: على الصداق المعلوم، وهكذا فى سائر المتعلقات.

(مسأله ۴): {لا- يجب التطابق بين الإيجاب والقبول فى ألفاظ المتعلقات}، فى الجواهر إنه لا- خلاف فيه ولا إشكال، وذلك لوضوح شمول إطلاق العقد للمتخالفين إذا كان المؤدى واحداً.

{فلو قال: أنكحتك فلانه، فقال: قبلت التزويج، أو بالعكس كفى}، وكذا إذا كان للرجل والمرأه اسمان، فقال أحدهما اسماً، وقال الآخر اسماً آخر.

{وكذا لو قال: على المهر المعلوم، فقال الآخر: على الصداق المذكور}، وهكذا لو سمى أحدهما الدنانير، وقال الآخر: على الصداق المعلوم، وكذا إذا قال أحدهما: بالدراهم، وقال الآخر: بالدنانير، إذا كانا واحداً عرفاً، ولم يلحظ الخصوصيه الفرديه فى الصداق.

{وهكذا فى سائر المتعلقات} مثلًا قال الأول فى المتعه: فى المده المعلومه، وقال الثانى: فى أربع وعشرين ساعه مثلًا، إلى غير ذلك.

ص:۳۱۸

مسأله ۵ کفایه قول: نعم

(مسأله ۵): یکفی علی الأقوی فی الإیجاب لفظ نعم بعد الاستفهام، کما إذا قال: زوّجتنی فلانه بکذا، فقال: نعم، فقال الأول: قبلت، لکن الأحوط عدم الاکتفاء.

(مسأله ۵): {یکفی علی الأقوی فی الإیجاب لفظ نعم بعد الاستفهام، کما إذا قال: زوّجتنی فلانه بکذا، فقال: نعم، فقال الأول: قبلت}، وذلک لشمول إطلاقه أدله العقد له، ویدل علیه روایه أبان بن تغلب المتقدمه([(۱)]).

ومن المعلوم عدم الفرق بین الدوام والمتعه فی ذلک، بل الظاهر أنه لا یحتاج إلی قول الأول نعم، لما سبق من صدق عقد النکاح بدون ذلک.

وفی روایه عبید بن زراره قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن التزویج بغیر خطبه، فقال (علیه السلام): «أو لیس عامه ما تتزوج فتیاتنا ونحن نفرق الطعام علی الخوان فنقول: یا فلان زوج فلاناً فلانه، فیقول: نعم قد فعلت»([(۲)]).

{لکن الأحوط عدم الاکتفاء}، وعلل ذلک بأنه من قبیل الإیقاع بالمجازات المستنکره عرفاً، لأن الحذف والتقدیر اعتماداً علی السؤال إنما یکون فی الجواب الخبری، لا فیما لو قصد الإنشاء، فإنه یکون ابتداء کلام، وإذا کان الإنشاء بنحو مستنکر عرفاً لا یصح، لأن إطلاق الصحه منزل علی العرف.

ص:۳۱۹

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۴۶۶ الباب ۱۸ من أبواب المتعه ح۱

۲- الوسائل: ج۱۴ ص۱۹۶ الباب ۱ من أبواب عقد الن ک اح ح۷

وفيه: منع كلتا المقدمتين، إذ كونه مستنكراً معلوم العدم، وكون المستنكر لا يشمله الإطلاق واضح المنع، إذ منتهى الأمر أنه فرد نادر، وليس بحيث ينصرف الإطلاق عنه انصرافاً يوجب خروجه عن الفرديه عند المتعارف، ولذا لا يشك أحد فى أنه لو قال المشترى للبائع: بعنى الكتاب بدرهم، فقال البائع: نعم، بقصد الإنشاء كان قد تم البيع.

ص:۳۲۰

مسأله ۶ اللحن فی الصیغه

(مسأله ۶): إذا لحن فی الصیغه، فإن کان مغیراً للمعنی لم یکف، وإن لم یکن مغیراً فلا بأس به إذا کان فی المتعلقات، وإن کان فی نفس اللفظین کأن یقول: جوزتک بدل زوجتک، فالأحوط عدم الاکتفاء به، وکذا اللحن فی الأعراب.

(مسأله ۶): {إذا لحن فی الصیغه، فإن کان مغیراً للمعنی لم یکف}، قال فی المستمسک: (لأنه من المستنکر عرفاً)، وفیه ما تقدم، بل المعیار فهم العرف وقصد الإنشاء، فإذا حصلا کفی لصدق العقد ونحوه.

{وإن لم یکن مغیراً فلا بأس به} للإطلاق الشامل له، ولا دلیل علی لزوم صحه الألفاظ، ولا فرق فیما ذکرناه من الصحه علی کل تقدیر بین أن یکون اللحن فی اللفظین، أو فی سائر المتعلقات، بل عدم الضرر فی سائر المتعلقات أوضح.

فقول المصنف: {إذا کان فی المتعلقات، وإن کان فی نفس اللفظین کأن یقول: جوزتک بدل زوجتک فالأحوط عدم الاکتفاء به} غیر ظاهر الوجه، فإن الغلط لا یضر مطلقاً إلّا إذا لم یصدق علیه الصیغه، ولذا قال المستمسک: الظاهر أنه لیس من المستنکر عرفاً، فیشمله إطلاق النفوذ.

وقد اختار الصحه فی (جوزتک) السید أبو الحسن الأصفهانی (رحمه الله).

وما أبعد ما بینه وبین قول السید البروجردی: (إنه من اللحن المغیر للمعنی ولا یکفی بلا إشکال).

{وکذا اللحن فی الإعراب} فإنه إذا توفر فیه الفهم وقصد الإنشاء کفی للصدق عرفاً کما عرفت، ومراده من الإعراب أعم من البناء، کما إذا قال: (زوّجتک فاطمه) بالتنوین.

ص:۳۲۱

مسأله ۷ قصد الإنشاء فی الصیغه

(مسأله ۷): یشترط قصد الإنشاء فی إجراء الصیغه.

(مسأله ۷): {یشترط قصد الإنشاء فی إجراء الصیغه} بلا إشکال ولا خلاف، لأن عقد النکاح کسائر العقود إیقاع، ولا یتحقق الإیقاع بدون قصد الإنشاء.

لکن قصد الإنشاء خفیف المؤنه جداً.

ولا فرق فی لزوم قصد الإنشاء بین أصل الزواج أو المهر، ولا بین الإیجاب والقبول، ولا فی المده فی المتعه، کما هو واضح.

ص:۳۲۲

مسأله ۸ عدم اشتراط معرفه الفعل والفاعل فی المجری

(مسأله ۸): لاـ یشترط فی المجری للصیغه أن یکون عارفاً بمعنی الصیغه تفصیلًا، بأن یکون ممیزاً للفعل والفاعل والمفعول، بل یکفی علمه إجمالاً بأن معنی هذه الصیغه إنشاء النکاح والتزویج، لکن الأحوط العلم التفصیلی.

(مسأله ۸): {لاـ یشترط فی المجری للصیغه أن یکون عارفاً بمعنی الصیغه تفصیلًا} إذ لاـ دلیل علی هذا الشرط، فیکفی فی الصحه شمول الإطلاق، فلاـ حاجه {بأن یکون ممیزاً للفعل والفاعل والمفعول، بل یکفی علمه إجمالاًـ}، الإجمال بالمعنی المنطقی لا بالمعنی الأصولی، بل الظاهر کفایته بالمعنی الأصولی أیضاً بأن یعلم أن إحدی هاتین الصیغتین تفید الزواج فقالهما وقصد الإنشاء، فإذا علم {بأن معنی هذه الصیغه} أو إحدی هاتین {إنشاء النکاح والتزویج} کفی.

{لکن الأحوط العلم التفصیلی} للاحتیاط فی الفروج.

ص:۳۲۳

مسأله ۹ الموالاه بین الإیجاب والقبول

(مسأله ۹): یشترط الموالاه بین الإیجاب والقبول، وتکفی العرفیه منها، فلا یضر الفصل فی الجمله بحیث یصدق معه أن هذا قبول لذلک الإیجاب

(مسأله ۹): {یشترط الموالاه بین الإیجاب والقبول} بمقدار یصدق معه العقد حتی یشمله إطلاق (العقود) {و} لذا قال:

{تکفی العرفیه منها، فلا یضر الفصل فی الجمله بحیث یصدق معه} العقد.

وکأن المصنف أراد ما ذکرناه بقوله: {إن هذا قبول لذلک الإیجاب}، وإلا فلیس المعیار ذلک، بل صدق العقد.

أما نفی المستمسک اشتراط الموالای العرفیه وجعله المدار علی صدق المطابقه ناقلاً من القواعد عدم الانعقاد لو أخر القبول مع الحضور بحیث لا یعد مطابقاً للإیجاب، فإن أراد العرفیه بالمعنی الذی ذکرناه فلا وجه لإنکاره، وإن أراد مقابل الحقیقیه التی هی أوسع من الحقیقه فی الجمله فکلامه تام.

وکیف کان، فیدل علی عدم ضرر الفصل المفوت للموالاه الحقیقیه، بالإضافه إلی أنه لا ینافی صدق العقد، بعض الروایات المتقدمه فی فصل الکلمات فی قصه طلب امرأه من الرسول (صلی الله علیه وآله وسلم) زواجها.

ومنه یعلم أن احتیاط بعض الفقهاء بعدم الفصل، حتی أنهم کانوا یرون لزوم ذکر المتعلقات، قبل الصیغه، کأن یقول: (علی المهر المعلوم أنکحتها له) لیتصل به (قبلت) لیس له وجه، حتی الوجه الاحتیاطی.

ص:۳۲۴

كما لا يضر الفصل بمتعلقات العقد من القيود والشروط وغيرها وإن كثرت.

ولذا قال المصنف: {كما لا يضر الفصل بمتعلقات العقد من القيود والشروط وغيرها وإن كثرت}.

ثم إنه إذا كثر الفصل بحيث شك فى صدق العقد كان الأصل عدمه، ولا يكون مجال لأصاله الصحه، لأنه من المستمسک بالعام فى الشبهات المصداقيه.

ص:۳۲۵

مسأله ۱۰ إتحاد مجلس الإيجاب والقبول

(مسأله ۱۰): ذكر بعضهم أنه يشترط اتحاد مجلس الإيجاب والقبول، فلو كان القابل غائباً عن المجلس فقال الموجب: زوجت فلاناً فلانه، وبعد بلوغ الخبر إليه قال: قبلت، لم يصح.

وفيه: إنه لا دليل على اعتباره من حيث هو، وعدم الصحه فى الفرض المذكور إنما هو من جهه الفصل الطويل أو عدم صدق المعاقده والمعاهده لعدم التخاطب

(مسأله ۱۰): {ذكر بعضهم} العلامه فى القواعد {إنه يشترط اتحاد مجلس الإيجاب والقبول، فلوكان القابل غائباً عن المجلس، فقال الموجب: زوجت فلاناً فلانه، وبعد بلوغ الخبر إليه قال: قبلت، لم يصح} وقد وجهه جامع المقاصد بأن العقود اللازمه لابد فيها من قوع القبول على الفور عاده بحيث يعد جواباً للإيجاب.

أقول: وقد أيد ذلك بالاحتياط، وبأنه خلاف العقود المتلقاه من الشارع {وفيه: إنه لا دليل على اعتباره من حيث هو} إذ لا نص ولا إجماع على اتحاد المجلس.

{وعدم الصحه فى الفرض المذكور إنما هو من جهه الفصل الطويل أو عدم صدق المعاقده والمعاهده لعدم التخاطب}.

أقول: ليس فى المقام إلا لزوم صدق العقد، أما الفصل الطويل فقد عرفت أنه غير ضار إذا لم يضر بالصدق المذكور.

أما الاحتياط ففيه إنه غير لازم مع الصدق الموجب، لشمول الإطلاق له.

وكونه خلاف العقود المتلقاه، غير ضار، إذ لا دليل على انحصار العقد فى الكيفيه المتلقاه، كما تقدم الكلام فى ذلك.

ص:۳۲۶

وإلاـ فلو فرض صدق المعاقده وعدم الفصل مع تعدد المجلس، كما إذا خاطبه وهو فى مكان آخر لكنه يسمع صوته ويقول: (قبلت) بلا فصل مضر فإنه يصدق عليه المعاقده.

ولذا قال المصنف: {وإلا فلو فرض صدق المعاقده وعدم الفصل مع تعدد المجلس صح} وهذا فرض حقيقى، فانه إذا قالت المرأه صباحاً: زوجت نفسى محمداً، فقال محمد فى مجلس آخر عصراً: قبلت ذلک، رأى العرف وقوع العقد، فحاله حال عقد البيع وغيره مما لايضره تعدد المجلس، فيكون {كما إذا خاطبه وهو فى مكان آخر، لكنه يسمع صوته، ويقول: (قبلت) بلا فصل مضر، فإنه يصدق عليه المعاقده}.

ومنه العقد بالتلفون واللاسلكى ونحوهما، وكذا إذا أوجبت عبر التلفزيون أو الراديو، فسمع وقبل، إلى غيرها من الأمثله، والله العالم.

ص:۳۲۷

مسأله ۱۱ التنجیز فی النکاح

(مسأله ۱۱): ویشترط فیه التنجیز کما فی سائر العقود، فلو علقه علی شرط أو مجیء زمان بطل

(مسأله ۱۱): {ویشترط فیه التنجیز، کما فی سائر العقود، فلو علقه علی شرط أو مجیء زمان} کما لو قال: زوجتک إن جاء زید أو فی یوم الجمعه الآتی {بطل}.

واستدلوا لذلک بالإجماع، وبأن المتلقی من الشارع اتصال زمان العقد بزمان الزوجیه، والشرط یجعل الانفصال بینهما، وبأن الإنشاء إیجاد للمنشأ وکما أن الإیجاد الحقیقی لا یقبل الإناطه والتعلیق کذلک الإنشاء الذی هو إیجاد ادعائی.

أقول: لو لا الإجماع وقضیه التلقی ــ إن قلنا بأنها توجب صرف الإطلاق عن شمول غیر المنجز ــ لم یکن هناک دلیل آخر.

إذ أولاً: الإیجاد المعلق ممکن، بمعنی أنه یوجد الآن المعد فإذا حصل شرطه وُجد الشیء.

وثانیاً: لا ـ تلازم بین الأمرین، إذ الایجاد الحقیقی لیس مثل الإیجاد الاعتباری، فإن الاعتبار خفیف المؤنه، ولذا قلنا فی باب المکاسب: إنه لو لا الإجماع لکان العقد المعلق صحیحاً، وأی فرق بین الوصیه والتدبیر وغیرهما من ما ذکروا صحه التعلیق فیها، وبین البیع والإجاره مما ذکروا عدم الصحه فیهما.

وحیث إن محل الکلام فی هذه المسأله هناک، نکتفی منه هنا بهذا القدر.

ص:۳۲۸

نعم لو علقه على أمر محقق معلوم، كـأن يقول: إن كان هـذا يوم الجمعه زوجتك فلانه، مع علمه بأنه يوم الجمعه صـح، وأما مع عدم علمه فمشكل.

{نعم لو عقله على أمر محقق معلوم، كأن يقول: إن كان هذا يوم الجمعه زوجتك فلانه} أو قال: إن كان هذا أباها فقد زوجتك بنته {مع علمه بـأنه يوم الجمعه} وأن الرجـل الحاضـر أبوها مثلاً {صـح} العقـد، كما عن الفاضـلين والشـهيدين والمحقق الثانى وغيرهم، وذلك لأنه تنجيز وإن كان فى صوره تعليق، كما أن العكس وهو التعليق فى صوره التنجيز غير صحيح، كما إذا قال فى يوم السبت: زوجتك فى يوم الأحد.

ولا يخفى أن كلام المصـنف ككلماتهم، إنما هو مع عـدم الفصل، وإلا لم يصـح، كما إذا قال: إذا جاءك يوم الأحـد زوجتك، فإنه معلق على أمر محقق معلوم، لكن حيث يكون فصل بين الإنشاء والحليه لم يصح، كما ذكرناه فى الدليل الثانى.

{وأما مع عـدم علمه فمشـكل}، وذلك لأنه لم ينشأ النكاح، فإن وجود الشـرط فى الواقع لا يؤثر فى إنشاء المنشأ، هـذا بالإضافه إلى أن الشيخ المرتضى (رحمه الله) ادعى الإجماع على البطلان فيه.

هـذا كله حسب الموازين الشـرعيه، أمـا حسب الموازين العرفيه، فقـد عرفت أن الإنشـاء لخفه مؤنته يصـلح أن يكون معلقـاً بـأمر حاضر أو مستقبل، يعلم المنشىء ذلك أم لم يعلم، كان الشرط منفصلاً عن الإنشاء أم متصلاً به.

وقد ظهر مما تقدم عدم صحه النكاح المؤجل، أى المنشأ بعد زمان الإنشاء، كما إذا قالت يوم الجمعه: زوجتک نفسی من يوم السبت، وإن صح ذلک فی الاجاره، ولذا يصح أن يؤجر داره هذه السنه لزيد، وينشأ إيجارها لعمرو ــ من الآن ــ لسنه ثانيه، ولا يصح ذلک بالنسبه إلى زوجين فی المتعه، أو إنشائه الآن لزوج ثان بعد طلاق الزوج الأول.

نعم قد يستفاد من بعض الروايات صحه انفصال زمان النكاح عن زمان العقد، فيما رواه الكلينی (رحمه الله) عن بكار بن كردم، قال: قلت لأبی عبد الله (عليه السلام): الرجل يلقى المرأه فيقول: زوجنی نفسک شهراً، ولا يسمی الشهر بعينه، ثم يمضی فيلقاها بعد سنين، فقال له: «شهره إن كان سماه فإن لم يكن سماه فلا سبيل له عليها»((۱)).

لكن العمل بذلک مشكل، وإن كانت الروايه على طبق القاعده العرفيه فی المعاملات، إذ لا مانع من ذلک عقلاً، والاعتبار بيد المعتبر، كما أنه ينبغی أن يجوز الانفصال فی البيع أيضاً، بأن يبيعه داره من بعد سنه، كما يجوز ذلک بالنسبه إلى الإجاره والعاريه.

نعم لا_ إشكال أنه من المنكرات الشرعيه أن تزوج المرأه نفسها لزوجين، كأن تزوج نفسها متعه من الصباح إلى الليل لزيد، وتزوج نفسها فی الحال لعمرو من الليل إلى الصباح، ولا يكون دخول للأول أو لا يوجب عده كاليائسه، أو تنكح

۱- المستدرک : ج۲ ص۵۹۲ الباب ۲۷ من أبواب المتعه ح۱

نفسها الآن للثانی بعد انقضاء عده الأول.

أما الاستدلال للمنع بما رواه الکلینی، عن إسحاق بن عمار، قال: قلت: لأبی الحسن موسی (علیه السلام) عن رجل تزوج امرأه متعه، ثم وثب علیها أهلها، فزوجوها بغیر إذنها علانیه، والمرأه امرأه صدق کیف الحیله، قال: «لا تمکن زوجها من نفسها حتی ینقضی شرطها أو عدتها»((1)).

ـ أقول: المراد بالشرط زمان المتعه، وقوله (علیه السلام): (أو عدتها) أی إذا کانت بلا عده کالیائسه، فانقضاء الشرط وإلا احتاج إلی انقضاء العده ـ.

قلت: إن شرطها سنه ولا یصبر لها زوجها ولا أهلها سنه، فقال: «فلیتق الله زوجها الأول ولیتصدق علیها بالأیام، فإنها قد ابتلیت والدار دار هدنه» ـ أی لا یمکن إظهار الأحکام کامله، فإنها إن أظهرت أنها متعه خشیت من عواقبها ـ «والمؤمنون فی تقیه».

قلت: فإنه تصدق علیها أیامها وانقضت عدتها کیف تصنع، قال: «إذا خلا الرجل بها فلتقل هی یا هذا أن أهلی وثبوا علی فزوجونی منک بغیر أمری ولم یستأمرونی وإنی الآن قد رضیت، فاستأنف الآن فتزوجنی تزویجاً صحیحاً فیما بینی وبینک».

فلا یخفی ما فیه، إذ الروایه تدل علی منع اجتماع زوجین فی حال واحد لا فی حالین، کما هو محل الکلام.

ثم کما لا یصح للمرأه أن تتزوج زوجین فی حالین بإنشاء النکاح فی زمان

١- الوسائل: ج١٤ ص٤٩٣ الباب ٤١ من أبواب المتعه ح١

واحد، كذلك لا يصح للرجل أن يتزوج الخامسه وأخت الزوجه والربيبه فى حال واحد لزمانين، كأن يتزوج الأربع ثم يقول: تزوجت الخامسه بعد طلاق إحداهن، وهو يعلم أنه يطلقها بعد يوم مثلاً، أو يقول: تزوجت هنداً متعه إلى الليل وأختها من الليل، أو تزوجت الأم الآن وابنتها بعد انقضاء مده الأم، ولا يدخل بالأم، وذلك لوضوح كونه من المنكرات شرعاً.

وكما لا يصح النكاح المتأخر، لا يصح النكاح المتقدم، كأن يقول: تزوجتها من الشهر الماضى، والظاهر أنه يوجب بطلان النكاح حتى بالنسبه إلى الحال إن كان على وجه التقييد، وإن كان على نحو تعدد المطلوب ففيه احتمالان، البطلان لعدم ثبوت مثل ذلك شرعاً، والصحه لأنه مثل ما إذا زوج امرأتين ثم تبين عدم صحه زواج إحداهما، ومقتضى القاعده الثانى، وإن كان الاحتياط يقتضى الأول.

ص:٣٣٢

مسأله ۱۲ العقد المخالف للاحتياط

(مسأله ۱۲): إذا أوقعا العقـد على وجه يخالف الاحتياط اللازم مراعاته، فإن أراد البقاء فاللازم الإعاده على الوجه الصـحيح، وإن أرادا الفراق فالأحوط الطلاق

(مسأله ۱۲): {إذا أوقعـا العقـد على وجه يخـالف الاحتياط اللازم مراعاته، فإن أراد البقاء فاللازم الإعاده على الوجه الصـحيح}، لوضوح أنه بـدون ذلـک لاـ يتمكن من الاسـتمتاع ونحوه، سواء بالنسـبه إلى الأحكـام الواجبه كـالوطى فى كـل أربعه أشـهر، أو بالنسـبه إلى الأحكـام المسـتحبه كالاسـتمتاع، أو بالنسـبه إلى المباحه كالنظر إلى ما لا يحل لغير الزوج النظر إليه، أو بالنسـبه إلى المكروهه كالوطى فى الدبر.

{وإن أراد الفراق فالأـحوط الطلاـق} لوضـوح أنه بـدون ذلـک لاـ يتمكن من الخروج عن تبعيه الزوجيه، مثـل وجـوب الإنفـاق وإباحه الأخت والخامسه والربيبه بالنسبه إلى ما لم يدخل بالأم، إلى غير ذلک.

والحاصـل: حيـث إن الأـمر فى المقـام دائر بيـن محـذورين، ويمكن التخلص من كلاـ الأـمرين، لم يكن من مـورد الـدوران بين محذورين، مثل منذور الفعل والترک، بل اللازم التمسک بالمندوحه سواء فعلاً أو تركاً.

ومنه يعلم حال تارک طريقى الاجتهاد والتقليد العامل بالاحتياط، حيث لا يتمكن من الجمع بين أحكام الزوجيه وأحكام عدمها، كما إذا عقد بالفارسيه مثلاً، فإنه لا يتمكن من جعلها كزوجه فى وطى أربعه أشهر، ولا من جعلها كغير زوجه فى عدم وطيها فيما إذا أرادت الوطى ولم تسقط حقها، فاللازم الفرار إلى المندوحه إما بعقدها من جديد مع موافقتها، أو بطلاقها.

ص:۳۳۳

وإن كـان يمكن التمسـك بأصـاله عـدم التـأثير فى الزوجيه، وإن كـان على وجه يخـالف الاحتياط الاسـتحبابى، فمع إراده البقاء الأحوط الاستحبابى إعادته على الوجه المعلوم صحته، ومع إراده الفراق فاللازم الطلاق.

نعم الظـاهر فى فرع المصـنف وفرعنا، إذا تركت المرأه حقها فى الوطى أمكن الاحتياط فى سائر الجهات بإعطائها النفقه، وعـدم وطيها وعدم تزويج الخامسه وأختها إلى غير ذلك.

لكن ذلـك إذا لم يكن محـذور آخر، كما إذا حلف أن لا يطلق، فإنه يتردد أمره بين الإبقاء ولزوم الوطى وبين الطلاق وكلاهما حرام، فهو من التردد بين المحذورين حيث لا مندوحه، واللازم ترجيح الأهم.

{وإن كـان يمكن التمسك بأصاله عـدم التأثير فى الزوجيه} بالنسـبه إلى المجتهـد الفاحص، لأن كونه نكاحاً صـحيحاً حادث لا يعلم به، فالأصل عدمه.

أما بالنسـبه إلى العامى فلا يحق له إلاّ الأخـذ بالاحتياط فى عقـدها من جديـد أو بالطلاق، وإذا دار بين المحـذورين قـدم الأهم، ولمـا ذكرنـاه قيـده السـيد البروجردى بما قيـدناه بأنه من شأن المجتهـد، وأشـكل عليه المسـتمسك بأن صـحه التمسك بالأصـل المذكور ينافى كون المورد من موارد الاحتياط اللزومى.

{وإن كان على وجه يخالف الاحتياط الاستحبابى فمع إراده الفراق فاللازم الطلاق} إذا لم ترض الزوجه بإسقاط حقها، ولم يرد هو أخذ الخامسه والأخت وما أشبه.

مسأله ۱۳ العاقد يجب كماله

(مسأله ۱۳): يشترط فی العاقد المجری للصيغه الكمال بالبلوغ والعقل، سواء كان عاقداً لنفسه أو لغيره، وكاله أو ولايه أو فضولا، فلا اعتبار بعقد الصبی، ولا المجنون ولو كان أدوارياً حال جنونه، وإن أجاز وليه أو أجاز هو بعد بلوغه أو إفاقته على المشهور بل لا خلاف فيه.

(مسأله ۱۳): {يشترط فی العاقد المجری للصيغه الكمال بالبلوغ} على المشهور بينهم {والعقل} بلا إشكال، إذ عباره المجنون الصادره بدون تعقل، مثل أصوات البهائم والنائم، فإن الأدله لا تشملها، فلو علّم الطير الصيغه فأجراها لم ينفع، {سواء كان عاقداً لنفسه أو لغيره، وكالهً أو ولايهً أو فضولاً}، لا يتصور الولايه فی غير البالغ وغير العاقل لأنهما ليسا وليين، كما حقق فی محله.

{فلا اعتبار بعقد الصبی، ولا المجنون ولو كان أدوارياً حال جنونه، وإن أجاز وليه أو أجاز هو بعد بلوغه أو إفاقته على المشهور، بل لا خلاف فيه}.

الظاهر وجود الخلاف فيه، فإن المنسوب إلى المحقق وفخر المحققين والأردبيلی وجماعه آخرين جواز تصرف الصبی المميز بإذن الولی.

واستدل المشهور للمنع بأمور، منها: حديث «رفع القلم عن الصبی حتى يحتلم»((۱)).

ومنها: ما رواه محمد بن مسلم فی الصحيح، عن أبی عبد الله (عليه السلام) قال: «عمد الصبی وخطأُه واحد»((۲)).

ص:۳۳۵

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۶۶ الباب ۳۶ من أبواب القصاص فی النفس ح۲

۲- الوسائل: ج۱۹ ص۳۰۷ الباب ۱۱ من أبواب العاقله ح۲

لکنه فی الصبی الوکیل عن الغیر محل تأمل، لعدم الدلیل علی سلب عبارته إذا کان عارفاً بالعربیه وعلم قصده حقیقه، وحدیث رفع القلم منصرف عن مثل هذا

ومنها: خبر حمزه بن حمران، عن أبی جعفر (علیه السلام) فی حدیث إنه قال: «الجاریه إذا تزوجت ودخل بها ولها تسع سنین ذهب عنها الیتم، ودفع إلیها مالها وجاز أمرها فی الشراء والبیع»، قال: «والغلام لا یجوز أمره فی الشراء والبیع، ولا یخرج من الیتم حتی یبلغ خمس عشره سنه أو یحتلم أو یشعر أو ینبت قبل ذلک»((1)).

{لکنه فی الصبی الوکیل عن الغیر محل تأمل، لعدم الدلیل علی سلب عبارته إذا کان عارفاً بالعربیه} أو قلنا بعدم اشتراط العربیه کما تقدم، فإطلاقات الأدله تشمله کما تشمل سائر المجرین للصیغه.

{وعلم قصده حقیقه} لتوقف العقد علی القصد کما هو ظاهر.

{وحدیث رفع القلم منصرف عن مثل هذا} إذ الظاهر منه رفع قلم التکلیف الذی وضعه الشارع، وصحه عبارته لم یضعها الشارع، فمعنی رفع القلم أنه کما لو کان قبل الإسلام، إلا فیما خرج کزناه وسرقته ونحوهما، ومن المعلوم أنه قبل الإسلام لم یکن مسلوب العباره.

وأما روایه عمد الصبی فظاهرها تنزیل العمد منزله الخطأ فیما کان للخطأ حکم خاص فی غیر الصبی، فیخص ذلک بالجنایه فلا ربط للحدیث بالمقام.

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۱۴۲ الباب ۲ من أبواب أحکام الحجر ح۱

أما خبر حمزه فالظاهر منه جواز أمرهما بعد البلوغ على نحو الاستقلال، أما بدون الاستقلال فلا ينفيه الخبر، وكلامنا فى جواز لفظهما مستنداً إلى موكل أو ولى.

هذا بالإضافه إلى ظهور جمله من الأدله على جواز عبارته كقوله تعالى: (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح، فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم)((١))، فإن الظاهر من ابتلائهم كما ذكره غير واحد ابتلاؤهم بالمعاملات اليسيره لاختبار رشدهم الفكرى، وقوله: (فادفعوا) أى أموالهم كامله، وهذا يدل على جواز معاملتهم فى الجمله.

وقد روى الصدوق أنه سئل الصادق (عليه السلام)، عن قول الله تعالى: (فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم) قال: «إيناس الرشد حفظ المال»((٢)).

وعن عيص بن القاسم، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن اليتيمه متى يدفع إليها مالها، قال: «إذا علمت أنها لا تفسد ولا تضيع»، فسألته إن كانت قد زوجت، فقال: «إذا زوجت فقد انقطع ملك الوصى عنها»((٣)).

بل يظهر ذلك أيضاً من روايه أصبغ بن نباته، عن أمير المؤمنين (عليه السلام)، إنه قضى أن يحجر على الغلام المفسد حتى يعقل((٤)).

١- سوره النساء: الآيه ۶

٢- الوسائل: ج١٣ ص۴٣٣ الباب ۴۵ من أبواب أحكام الوصايا ح۶.

٣- الوسائل: ج١٣ ص۴٣٣ الباب ۴۵ من أبواب أحكام الوصايا ح١

۴- الوسائل: ج١٣ ص١۴١ الباب ١ من أبواب الحجر ح۵

ومثل الآیه فی الـدلاله روایه السـکونی، عن أبی عبـد الله (علیه السـلام)، «نهی رسول الله (صـلی الله علیه وآله وسـلم) عن کسـب الإماء، فانها إن لم تجد زنت إلّا أمه قد عرفت بصـنعه ید، ونهی عن کسب الغلام الصـغیر الذی لا یحسن صـناعه بیده فإنه إن لم یجد سرق»((۱)).

فإنه یدل علی الجواز،

أولاً: فیما إذا أحسن الصنعه.

وثانیاً: فیما إذا کان ثقه، مع الغض عن دلالتها علی الکراهه بقرینه التعلیل وإردافه للأمه.

وکـذلک مثلهمـا فی الـدلاله روایه إبراهیم بن أبی یحیی، عن أبی عبـد الله (علیه السـلام)، قال: «تزوج رسول الله (صـلی الله علیه وآله وسلم) أم سلمه زوجها إیاه عمر بن أبی سلمه وهوصغیر لم یبلغ الحلم»((۲)).

هذا بالإضافه إلی السـیره، فقد قال فی المسـتمسک: إنه ادعی غیر واحد من الأعلام علی وقوع المعامله مع الصبیان قبل البلوغ فی بلاد الإسلام وفی جمیع الأعصار، وحملها علی کونها صادره من غیر المبالین فی الدین کما تری خلاف المقطوع به، فإن الظاهر استقرار سـیره العقلاء علی المعامله مع الممیزین مع رشـدهم کالبالغین، ولأجل عـدم الردع عنها من الشارع المقدس جری علیها المتشرعه.

۱- الوسائل: ج۱۲ ص۱۱۸ الباب ۳۳ من أبواب مای ک تسب به ح۱
۲- الوسائل: ج۱۴ ص۲۲۳ الباب ۱۶ من أبواب عقد الن ک اح ح۱

وكذا إذا كان لنفسه بإذن الولى أو إجازته، أو أجاز هو بعد البلوغ، وكذا لا اعتبار بعقد السكران

{وكذا إذا كان لنفسه بإذن الولى} وإن لم يعلم الولى الخصوصيات {أو إجازته} بعد العقد {أو أجاز هو بعد البلوغ}.

وهل يحمل فعله على الصحه إذا شك الطرف فى الإذن، الظاهر الحمل فى الأشياء الحقيره، كما إذا اشترى شيئاً حقيراً، وفى ما ليس بتصرف كبير لنفسه، كما إذا عقد زوجه زيد موجباً، وذلك لما تقدم من السيره وغيره.

أما فى الأشياء الجليله لنفسه، كما إذا أريد التزويج لنفسه أو اشتراء دار ونحوه لنفسه فلا، إذ الأدله المجوزه لا تشمل مثل ذلك، فلا مجال لحمل تصرفه على الصحه كما ذكره السيد الحكيم.

ثم إنه لا ـ ينبغى الإشكال فى عدم الحاجه إلى الإسلام فضلاً عن الإيمان، فيصح إجراء الكافر العقد للمسلم للأصل، وإطلاق الأدله، ولا دليل على الاشتراط.

والظاهر أنه إذا لم يعلم أنه عقد صحيحاً كان الأصل الصحه، لأنه يجرى فى عمل غير المسلم كما يجرى فى عمل المسلم، ولذا تصح معاملا ـ تهم مع أنا لا ندرى هل حصل على هذا المال بالسرقه أو غيرها، إلى غير ذلك، وقولهم (حمل فعل المسلم على الصحيح) يراد به مثل الذبح ونحوه، لا الاختصاص، وإن كانت المسأله بحاجه إلى مزيد من التأمل والتتبع.

{وكذا لا اعتبار بعقد السكران} الذى خرج عن التعقل، لا السكر الخفيف الذى لا ينافى تعقله.

فلا يصح ولو مع الإجازه بعد الإفاقه

{فلا يصح ولو مع الإجازه بعد الإفاقه} وذلك هو المشهور، إذ لا عقل له فلا قصد له، والعقود تتبع القصود، إذ لو لا القصد لا عقد، وتسميته عقداً مجاز للمشابهه.

وأشكل على ذلك المستمسك، بأن (الظاهر تحقق القصد من السكران، بل والنائم، بل والحيوان، إذ القصد الإراده، والحيوان فصله المميز عن مطلق الجماد كونه متحركاً بالإراده، فالعمده فی عدم صحه عقد السكران والنائم ونحوهما ووإيقاعهم خروجه عن منصرف أدله النفوذ والصحه، لعدم الاعتداد به عند العرف، فلا يكون سبباً عندهم ولا منشأ لاعتبار الأثر، فلا يكون سبباً شرعاً لما عرفت من أن مقتضی الإطلاقات المقاميه الرجوع إلی العرف فی تشخيص الأسباب) انتهی.

أقول: مرادهم بأنه لا قصد للسكران القصد المنصب عليه الحكم، لا أی قصد، فالإشكال المذكور غير ظاهر الوجه.

أما الإشكال عليه بأن الفصل المميز للحيوان عن الجماد هو الإراده غير تام، لأن الجماد أيضاً يريد بدليل قوله تعالی: (فوجدا فيها جداراً يريد أن ينقض)((۱))، فيرد عليه بالإضافه إلی أنه خارج عن المبحث، فلا يثلم به إشكال المستمسك، أن الظاهر أن الإراده فی الآيه من باب التشبيه، لا الإراده حقيقه، وإن كان يمكن أن يجعل للجماد مرتبه من الإراده، كما أن له مرتبه من التعقل.

كما يظهر من قوله تعالی: (يا جبال أوبی معه)((۲))، ومن قوله: (وإن من شیء

۱- سوره ال ك هف: الآيه ۷۷.

۲- سوره سبأ: الآيه ۱۰

وأما عقد السكری إذا أجازت بعد الإفاقه ففيه قولان، فالمشهور أنه كذلك، وذهب جماعه إلی الصحه مستندين إلی صحيحه ابن بزيع

إلا يسبح بحمده)((۱))، إلی غيرها من الآيات والروايات الداله علی ذلك، بل هو ظاهر قوله تعالی: (قالتا آتينا طائعين)((۲)).

{وأما عقد السكری إذا أجازت بعد الإفاقه، ففيه قولان، فالمشهور أنه كذلك} لا اعتبار به {وذهب جماعه إلی الصحه} كما عن الشيخ في النهايه وابن البراج والصدوق في الفقيه والمقنع وشرح النافع والكفايه والحدائق والوسائل وشرح المفاتيح، وفي الجواهر إنه مال إليه غير واحد من متأخری المتأخرين، وذكر منهم سيد المدارك، وفي المستند اختياره.

{مستندين إلی صحيحه ابن بزيع} قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن امرأه ابتليت بشرب النبيذ فسكرت فزوجت نفسها رجلاً في سكرها، ثم أفاقت فأنكرت ذلك، ثم ظنت أنه يلزمها ففزعت منه فأقامت مع الرجل علی ذلك التزويج أحلال هو لها، أم التزويج فاسد لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها، فقال (عليه السلام): «إذا أقامت بعد ما أفاقت فهو رضی منها»، قلت: ويجوز ذلك التزويج عليها، فقال (عليه السلام): «نعم»((۳)).

أقول: الظاهر من الروايه أن العقد في المورد بمنزله عقد الفضولي، وأنه إن

۱- سوره الإسراء: الآيه ۴۴
۲- سوره فصلت: الآيه ۱۱
۳- الوسائل: ج۱۴ ص۲۲۱ الباب ۱۴ من أبواب عقد الن ك اح ح۱

ولا بأس بالعمل بها، وإن كان الأحوط خلافه

جاز جاز وإلا ـ لم يجز، والإقامه إجازه عمليه، ولا يضر بذلك ظنها، إذ الظن غير المطابق للواقع لا يوجب بطلان العقود بسبب عدم الرضا الشأنى، كما أنه لو عقدها فضولى فظن لزوم العقد فرضيت رضى ناشئاً عن هذا الظن، فإنه لا يوجب البطلان، فإن حال ذلك حال تخلف الداعى على ما ذكروه فى باب العقود.

ومنه يعلم أن الروايه على طبق القاعده فى أنها جعلت المعيار رضاها بعد ذلك، وإن لم تكن على طبق القاعده فى كون عقدها كعقد الفضولى، بل ربما يقال: إنها على طبق القاعده من هذه الجهه، لأن المعيار الرضا فقط واللفظ مظهر، كما تقدم فى مسأله احتياج النكاح إلى اللفظ، أو من جهه أن النكاح لفظ ورضى وقد حصلا، فهو من قبيل قوله (عليه السلام): «لم يعص اللّه وإنما عصى سيده»، فإذا أجاز جاز وهذا غير بعيد، وإن كان القول به لو لا الروايه كان مشكلاً.

وكيف كان، فعلى هذا فاللازم أن نتعدى إلى سائر العقود، ومنه عقد السكران، وكأنه لذا كان ظاهر الشرائع التردد فى عقد السكران مطلقاً، وقال فى الجواهر: إنه محل الخلاف وإنه لا يختص الخلاف بعقد السكرى.

{ولا بأس بالعمل بها} كما عمل بها المستمسك أيضاً، وقال: إن الروايه صحيحه معمول بها، وقد سكت على المتن الساده ابن العم والبروجردى والجمال وغيرهم.

{وإن كان الأحوط خلافه} بأن لا ترضى فيبطل العقد قطعاً، لأن الروايه علقت على ذلك، أو يطلقها بعد رضاها، أو ينكحها من جديد، ويرتب على ذلك آثار

لإمكان حملها على ما إذا لم يكن سكرها بحيث لا التفات لها إلى ما تقول، مع أن المشهور لم يعملوا بها وحملوها على محامل، فلا يترك الاحتياط.

العقد الصحيح بعد الطلاق، فلا ينكح الولد ما نكحه أبوه كذلك، إلى سائر الأحكام.

{لإمكان حملها على ما إذا لم يكن سكرها بحيث لا ـ التفات لها إلى ما تقول} كما عن المختلف، لكنه خلاف الإطلاق، وإن كان ربما يؤيد ذلك بأن معتاد الشرب لا يؤثر فيه بحيث يفقد الالتفات، إذ يرده أنه لو كان كذلك لم يحتج إلى رضاها بعد ذلك.

{مع أن المشهور لم يعملوا بها وحملوها على محامل} لكن الشهره على العدم غير ضائره بعد عمل الأعاظم، وكون عدم عملهم مستنداً إلى وجوه اجتهاديه.

بالإضافه إلى ما في المستند من أن الشهره إنما يوجب الضعف لو بلغت حداً يكون مخالفها شاذاً، وهو في المقام غير معلوم، والمحامل كلها خلاف الظاهر، إذ قد عرفت ضعف حمل المختلف.

كما أن كشف اللثام حملها على ما إذا كان الزوج جاهلاً ـ بسكرها فإنه لا يسمع في حقه قول المرأه، وتجري عليهما أحكام الزوجيه ظاهراً، وإن لم يكن لها زوجيه واقعاً، وفيه: إنه خلاف الظاهر من وجوه.

وربما حملت على كفايه مجرد الرضا، وفيه ماتقدم.

وكيف كان {فـ} لا بأس بالعمل بها وإن كان {لا يترك الاحتياط} بما ذكرناه سابقاً.

وعلى أى حال، فلا يتعدى من السكر إلى شارب المرقد والنائم والمصروع ونحوهم ممن لا اعتبار بلفظه عرفاً، للأصل وعدم وحده المناط، واللّه العالم.

ثم الظاهر عدم كفايه لفظ السكران بسائر العقود والإيقاعات فيما كان وكيلًا، وكذا بالنسبه إلى عقد النكاح، لأن الثابت أن الشارع جعله بمنزله الفضولى فى عقد نفسه لا عقد غيره.

نعم لا ينبغى الإشكال فى عدم الفرق بين الدائم والمتعه، بل لا يبعد أن يكون الرجوع منها فى البذل فى الخلع، والرجوع منه فى العده فى حكم النكاح.

كما أن الظاهر حرمه وطيها قبل أن تظهر الرضا إذا عقدها فى حال السكر، كما هو كذلك فى الفضولى.

مسأله ۱۴ لا بأس بعقد السفيه

(مسأله ۱۴): لا بأس بعقد السفيه إذا كان وكيلًا عن الغير فی إجراء الصيغه، أو أصيلًا مع إجازه الولی، وكذا لا بأس بعقد المكرَه علی إجراء الصيغه للغير أو لنفسه إذا أجاز بعد ذلك.

(مسأله ۱۴): {لا بأس بعقد السفيه إذا كان وكيلًا عن الغير فی إجراء الصيغه} بلا إشكال ولا خلاف، بل ادعی بعضهم الإجماع عليه، ويقتضيه إطلاق الأدله بعد أن لم يكن فی السفيه ما يقتضی بطلان عقده، {أو أصيلًا مع إجازه الولی} إذ منتهی الأمر أن السفه يمنع عن الاستقلال فی التصرف، أما غير ذلك فلا يقتضيه دليل حجر السفيه، بل اللازم صحه نكاحه لنفسه ولو بدون الإجازه إذا لم يستلزم التصرف فی المال، كما أنه يصح عقد السفيه فضوله لشمول الأدله له.

{وكذا لا بأس بعقد المكرَه علی إجراء الصيغه للغير} كما لو قال له المكرِه: أقتلك إن لم تجر الصيغه، وادعی فی المستمسك الإجماع عليه، وعلله بإطلاق الأدله، وأن حديث نفی الإكراه لا يقتضی البطلان.

أقول: وذلك لانصراف الرفع عن مثله، كانصراف أدله «لا ضرر» و لا حرج والاضطرار عنه، فإذا كان عدم إجرائه الصيغه ضرراً أو حرجاً أو كان مضطراً إلی ذلك لم تبطل الصيغه.

{أو لنفسه إذا أجاز بعد ذلك} للانصراف المذكور، فإنه لو كان مرفوعاً حتی مع الإجازه كان خلاف الامتنان، بينما يكون الرفع رافعاً إذا كان الرفع امتناناً.

مسأله ۱۵ عدم اشتراط الذكوره للعاقد

(مسأله ۱۵): لا يشترط الذكوره في العاقد، فيجوز للمرأه الوكاله عن الغير في إجراء الصيغه، كما يجوز إجراؤها لنفسها.

(مسأله ۱۵): {لا يشترط الذكوره للعاقد} بلا إشكال ولا خلاف، وفي الجواهر بلا خلاف بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، وعن كشف اللثام إنه كذلك عندنا، وفي المستند بالإجماع المحقق والمحكي.

أقول: أما إجراء الرجل أصاله ووكاله فضروره، وأما إجراء المرأه فللإطلاقات، وخصوص روايه زواج خديجه (عليها السلام) نفسها، وما تقدم من المرأه التي كانت لها زوج وزوجت، حيث علمها الإمام (عليه السلام) إجراء العقد مع زوجها الثاني في ليله الزواج، وفي روايات المتعه جمله وافيه تدل على ذلك.

{فيجوز للمرأه الوكاله عن الغير في إجراء الصيغه، كما يجوز إجراؤها لنفسها}، وكذلك إجراؤها ولايه إذا كانت وليه، والظاهر كفايه إجراء العقد لنفسه ولغيره بإجازه المولى وبدون إجازته.

أما لنفسه بدون الإجازه سابقه فلأنه الظاهر من قوله (عليه السلام): «لم يعص الله وإنما عصى سيده، فإذا أجازه فهو له جائز»((۱))، وأما لغيره بدون الإجازه، لأنه لا يشمله دليل عدم جواز تصرفه، مثل قوله تعالى: ﴿لا يقدر على شيء﴾((۲))، ولا نفصل الكلام في ذلك لعدم الابتلاء الحالي به.

كما أن الظاهر الصحه مع نذر العدم وعهده

ص:۳۴۶

۱- الوسائل: ج۱۵ ص۷۱ الباب ۵۸ من أبواب المهور ح۲

۲- سوره النحل: الآيه ۷۵

وشرطه ومنع الزوج والأبوين، إذ منتهى الأمر أنه فعل حراماً، والحرام لا يبطل فى مثل المقام، بل هو من قبيل البيع وقت النداء.

ومثله ما إذا كان التلفظ ضاراً بصحته ضرراً بالغاً، أو موجباً لضرر غيره، كما إذا كان تكلمه جهراً يوجب إيذاء مريض أو إعلام قاتل يأتى فيقتل إنساناً أو ما أشبه ذلك، إذ الحرمه لا تنافى الصحه.

مسأله ۱۶ بقاء المتعاقدين على الأهليه

(مسأله ۱۶): يشترط بقاء المتعاقدين على الأهليه إلى تمام العقد، فلو أوجب ثم جن أو أغمى عليه قبل مجىء القبول لم يصح،

(مسأله ۱۶): هل {يشترط بقاء المتقاعدين على الأهليه إلى تمام العقد، فلو أوجب ثم جن أو أغمى عليه قبل مجىء القبول لم يصح} أو لا يشترط ذلك، احتمالان.

وجه الاشتراط أمور:

الأول: الإجماع المدعى.

الثاني: انصراف الأدله عن مثله.

الثالث: ما فى الجواهر من أن شرطيه القصد والرضا ونحوهما فى العقد يقتضى اعتبار ذلك فى تمام العقد المركب من الإيجاب والقبول، لا اعتبار قصد الموجب فى الإيجاب فقط، وقصد القابل فى القبول فقط، فإذا ارتفعت القابليه بعد الإيجاب قبل القبول لم يحصل الشرط فى تمام العقد.

الرابع: ماذكره الشيخ المرتضى (رحمه الله) من توقف معنى المعاقده والمعاهده على ذلك.

الخامس: ما عن المسالك من أن العقد اللازم قبل تمامه يكون بمنزله الجائز، يجوز لكل منهما فسخه، ويبطل بما يبطل به الجائز، ومن جملته الجنون والإغماء.

السادس: ما عن التذكره من أن التخاطب بين المتعاقدين معتبر، وهو منتف مع نوم صاحبه، وكلامه آت فى سائر الموانع.

السابع: إنه كما لا عقد مع موت أحدهما قبل انتهاء العقد، كما إذا أوجب ثم مات، كذلك فى سائر الطوارئ.

الثامن: أصاله عدم الانعقاد وعدم الأثر، إذا وصل الأمر إلى الشك.

أقول: قد يمتد العارض من بعد الإيجاب إلى حين القبول، كما إذا أوجب ثم جن حتى كان قبول القابل حال جنون الموجب.

وقد لا يمتد، كما إذا أوجب فجن أحدهما لحظه ثم أفاق، فقبل القابل، لا ينبغى الإشكال فى صحه الثانى، إذ لا دليل على البطلان، والإطلاقات تشمله.

أما الإجماع المدعى فليس بحجه، للمناقشه فى صغراه وكبراه، وأما الانصراف فلا نسلمه، ولو سلم فهو بدوى قطعاً، وأما كلام الجواهر فهو ظاهر فى غير هذه الصوره، فإن ظاهره صوره الامتداد، وكلام الشيخ (رحمه الله) أيضاً ظاهر فى ذلک، وإلا كان ممنوعاً، إذ لا يفهم العرف من معنى المعاقده والمعاهده هذه الدقه بأن لا ينام أو لا يجن أو لا يغمى عليه لحظه بين الإيجاب والقبول.

وأما الوجوه الأخر فباديه الضعف فى نفسها، أو بمعونه ما ذكرناه فى وجه ضعف الوجوه السابقه.

أما فى صوره الامتداد، كما إذا أوجب ثم جنّ حال قبول القابل، أو كان الإيجاب فى حال جنون القابل ثم ارتفع جنونه فقبل، أو أوجب حال صغر القابل ثم بلغ فقبل، أو أوجب ثم أفلس فقبل القابل حال إفلاس الموجب، أو أوجب ثم مات فقبل القابل حال موت الموجب، أو ما أشبه ذلک، فلابد من تقسيم ذلک إلى قسمين:

الأول: ما كان مثل جنون القابل وصغره وفلسه ونومه حال الإيجاب ثم

کمل وقبل، هذا ینبغی فیه القول بالصحه، لأنه أولی بالصحه من الفضولی، فإن العرف یری أن المعتبر عقد ورضا لاحق، وقد حصل الأمران، وأی فرق بین أن یعقد الفضولیان حال نوم الأصلیین ثم یرضیان بالعقد، وبین أن یعقد الأصیل حال نوم الآخر ثم یستیقظ ویقبل، بل هذا أولی بالصحه من الأول.

ومنه یعلم أن إشکال المستمسک فی ذلک بأن (الظاهر البطلان فیه، لأن التخاطب بین المتعاقدین شرط فی صحه المعاقده، إذ لا تکون معاهده بین الاثنین إلاّ إذا کان أحدهما یوحی إلی الآخر ویعاهده، وإذا لم یکن أحدهما قابلًا للخطاب لا یکون قابلًا للعهد معه، ولا أقل من الشک فی اعتبار ذلک عرفاً فی مفهوم العقد، والأصل عدم ترتب الأثر) انتهی ملخصاً.

غیر تام، إذ أی دلیل علی لزوم التخاطب بعد صدق المعاهده بدون ذلک، ولذا تصدق المعاهده إذا قبل الأصیلان ما فعله الفضولیان.

ویظهر من محکی کلام التذکره عدم اعتبار التخاطب بین الموجب والقابل، ولذا لا یشک العرف فی أنه إذا کان زید نائماً فقال عمرو: اشتریت من زید الکتاب بدرهم، فاستیقظ فقیل له ذلک، فقال: قبلت، ثم أراد إبطال المعامله، یقال له عرفاً: إنک التزمت بها فکیف تبطلها، وحیث صدقت المعامله والمعاهده فلا مجال للأصل الذی ذکره المستمسک.

الثانی: ما کان مثل جنون البائع بعد إیجابه قبل قبول القابل، ولا یبعد فی هذا أیضاً الصحه، لأن کل واحد منهما إنما یفعل ما یرتبط به، وقد فعل الموجب

ص:٣٥٠

وكـذا لو أوجب ثم نام بل أو غفل عن العقـد بالمره، وكـذا الحال فى سائر العقود، والوجه عدم صدق المعاقده والمعاهده مضافاً إلى دعوى الإجماع وانصراف الأدله.

ما يرتبط به، وأى فرق بين أن يخرج عن الأهليه قبل قبول الآخر أو بعد قبوله.

ولاـ ينقض ذلـك بمـا إذا رجع قبـل قبول الآـخر، إذ الرجوع يجعل إيجابه كالعـدم، بخلاف الجنون مثلاً، فانه لم يرجع، ولـذا لم يشك فى البطلان فى صوره الرجوع، بينما الشك واقع فى صوره الجنون ونحوه.

ولا يستشـكل ذلك بعـدم صـدق المعاقـده، إذ تحقق المعاقـده لا يكون إلّا بأن يعقد كل من طرفه، وقد عقد الموجب من طرفه، فإذا لحقه عقـد القابل من طرفه فقـد تحققت المعاقـده، وإن كان هـذا القسم الثانى لا يخلو من إشـكال، خصوصاً إذا مات العاقد قبـل قبـول الطرف، فلاـ ينبغى تركـ الاحتيـاط، وكـأنه لـذا علق ابن العم قول المصـنف: (لم يصـح) بقوله: (لاـ يـتركـ الاحتيـاط بالطلاق).

ومما ذكرناه يظهر موارد النظر فى كلام المصـنف: {وكـذا لو أوجب ثم نام، بل أو غفل عن العقـد بالمره، وكـذا الحال فى سائر العقود} لأن الـدليل فى الكل واحد {والوجه عدم صدق المعاقده والمعاهده، مضافاً إلى دعوى الإجماع وانصـراف الأدله}، وقد عرفت ضعف كل ذلك.

نعم لا ينبغى الإشكال فى أنه لو شك بعد العقد أنه نام فى الأثناء أم لا، أو أنه هل كان نائماً فى حال إجراء الطرف الآخر، كانت أصـاله الصـحه محكمه، لأنه معها لا مجال لأصاله عـدم الأثر، كما قرر فى محله من تقـديم أصل الصـحه على استصـحاب عـدم الأثر، والله العالم.

ص:٣٥١

مسأله ۱۷ يشترط تعيين الزوج و الزوجه

(مسأله ۱۷): يشترط تعيين الزوج والزوجه على وجه يمتاز كل منهما عن غيره بالاسم أو الوصف الموجب له أو الإشاره

(مسأله ۱۷): {يشترط تعيين الزوج الزوجه على وجه يمتاز كل منهما عن غيره، بالاسم أو الوصف الموجب له أو الإشاره}، واستدلوا لذلك بأمور:

الأول: الإجماع المدعى صريحاً أو ظاهراً في التذكره وكشف اللثام والجواهر والحدائق وغيرهم.

الثاني: إنه الأسلوب المتلقى من الشارع.

الثالث: السيره المستمره.

الرابع: إن الاستمتاع يقتضي فاعلا ومنفعلا معينين لتعيينه.

الخامس: إن الزوجيه من الإضافات التي لا تقوم بغير المتعينين، نظير الأخوه والأبوه والبنوه فلا يصح اعتبارها بين غير المتعين، كما لا يصح اعتبارها لغير الحي، أو لغير الإنسان، كذا ذكره المستمسك.

السادس: الأصل، كما استدل به المستند، بالإضافه إلى الإجماع.

السابع: إن الأدله لا تشمل غير المعين.

الثامن: الاحتياط.

وفي الكل ما لا يخفى، إذ الإجماع محتمل الاستناد، والأسلوب لا يدل على انحصاره فيه بعد شمول الإطلاقات لغيره، والسيره لا تمنع عما عداه.

والرابع والخامس لا يضران بالإطلاقات والاعتبارات، إذ حال النكاح حال المعامله، فكما يصح بيع الكلي مع احتياجه إلى الإضافه، كذلك ليكن حال النكاح، ولوجود الإطلاق والاعتبار لا يبقى مجال للأدله الثلاثه الأخر، وربما

فلو قال: زوجتک إحدی بناتی بطل، وکذا لو قال: زوجت بنتی أحد ابنیک أو أحد هذین،

یؤید الصحه ما دل علی تزویج الأختین والخمس بلفظ واحد، حیث إنه یختار أحدهما أو أربعه منها، کما تقدم فی المسأله الرابعه والأربعین.

أما تأیید الصحه بقصه شعیب (علیه السلام)، ففیه: إن ظاهرها أنه (علیه السلام) لم ینکح بذلک، وانما قال: (أرید) وظاهر الإراده قبل الفعل، لامثل قوله تعالی: (إنما یرید الله لیذهب عنکم الرجس أهل البیت)((۱)) حیث یراد بالإراده الفعل.

ولو بدل المستدل بما دل علی ترک الزائد من الأربع لو أسلم عن أربع لکان أسلم، لإمکان دعوی وحده المناط فی المقامین.

وکیف کان، فلا مناص عن متابعه المشهور بعد الإجماعات المتکرره التی لم یظهر خلاف أحد حتی میلاً.

{فلو قال: زوجتک إحدی بناتی بطل، وکذا لو قال: زوجت بنتی أحد ابنیک}، وبطریق أولی لو قال: زوجت إحدی بناتی أحد ابنیک، {أو أحد هذین}، ولعل الفرق بین (ابنیک) و(هذین) أن فی الأول یقرأ العقد مع وکیلهما، وفی الثانی مع الأصیل.

وکان مقتضی ذلک أن یمثل فی طرف البنت أن تقولا: زوجناک إحدانا.

وحیث ظهر عدم صحه الکلی فی المعین ظهر بطریق أولی عدم الصحه فی الفرد المردد.

بالإضافه إلی أنه لا مطابق له فی الخارج، ولا مصداق ــ کما فی المستمسک ــ فتأمل.

وعدم الصحه بالنسبه إلی الکلی المطلق والکسر المشاع، کأن یقول:

۱- سوره الأحزاب: الآیه ۳۳

وكـذا لو عين كـل منهمـا غير مـا عينه الآـخر، بـل وكـذا لو عينـا معيناً من غير معاهـده بينهما، بل من باب الاتفاق صار ما قصـده أحدهما عين ما قصده الآخر

زوجتك بنتاً فضولةً، ثم يعطيه أيه بنت قبلت بهذه الفضوليه، أو أن يقول: إحدى بناتى الموجوده أو التى ستولد.

والكسر المشاع بأن يكون الزواج لنصفى بنتين أو نصفى رجلين.

والكل واضح موضوعاً وبطلاناً.

كما أن من الواضح عدم صحه نكاح نصف إنسان، وإن صح بيع نصف حيوان أو عبد أو أمه.

{وكذا لو عين كل منهما غير ما عينه الآخر} لعدم التطابق بين الإيجاب والقبول، فلا يتحقق العقد.

ومنه يعلم أنه لا يصـح إذا قصـد أمرين: كلى البنت وهـذه خاصه، من باب تعـدد المطلوب، فإذا لم تكن هـذه لتصح غيرها، كما ذكروا صحه ذلك فى باب البيع.

{بل وكـذا لو عينا معيناً من غير معاهـده بينهما، بل من باب الاتفاق صار ما قصـده أحدهما عين ما قصده الآخر}، كما إذا كانت له بنت تسـمى فاطمه فى جمله بناته، فقصـدها العاقـد حين قال: زوجتك إحدى بناتى، وقصدها القابل حين قال: قبلت، حيث إنه قد رآها مثلاً من قبل وعشقها.

ووجه البطلان فى هذا أنه غرر والغرر مبطل.

أما الكبرى، فلما ورد من نهى النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر((۱)).

وأما الصغرى، فلأن العاقد حال العقد لا يعلم هل يقبل الزوج هذه المقصوده

۱- الوسائل: ج۱۲ ص۲۶۶ الباب ۱۲ من أبواب عقد البيع ح۱۳

وأما لو كان ذلك مع المعاهده لكن لم يكن هناك دال على ذلك من لفظ أو فعل أو قرينه خارجيه مفهمه فلا يبعد الصحه، وإن كان الأحوط خلافه، ولا يلزم تميز ذلك المعين عندهما حال العقد، بل يكفى التميز الواقعى مع

فى قبوله، والزوج لا يعلم هل أن الموجب عقد له على هذه التى يعقدها هو، وإن كان الجزم ببطلان مثل ذلك يحتاج إلى تأمل.

{وأما لوكان ذلك} التعيين {مع المعاهده، لكن لم يكن هناك دال على ذلك} التعيين حال إجراء العقد {من لفظ أو فعل أو قرينه خارجيه مفهمه} كما لو تعاهدا قبل العقد على تزويجه بنته الكبرى، ثم قال: زوجتک إحدى بناتى، وهو يقصد تلك، فقال: قبلت، {فلا يبعد الصحه} إذ لا دليل على التعيين حال العقد.

{وإن كان الأحوط خلافه} لأن البناء على المعين قبلًا لا يجعل العقد واقعاً على المعين، إذا لم يذكر ما يعينه فى حال العقد.

ولا يخفى أن ما ذكرناه فى الشرح هو الذى استفدناه من قصد المصنف، وإن كان السيد البروجردى قال بالإجمال فى عبارته بما لفظه: (العباره لا تخلو من إجمال، فإن تحقق المعاهده مع انتفاء ما يدل على وحده المقصود غير متصور، وإجراء العقد مبنياً على المعاهده يدل على وحدته فى العقد أيضاً) انتهى.

وإذا كان مراد المصنف ما شرحناه فلا وجه متعد به للاحتياط الذى ذكره.

{ولا يلزم تميز ذلك المعين عندهما حال العقد، بل يكفى التميز الواقعى مع

إمكان العلم به بعد ذلك، كما إذا قال: زوجتك بنتى الكبرى، ولم يكن حال العقد عالماً بتاريخ تولد البنتين، لكن بالرجوع إلى الدفتر يحصل له العلم.

نعم إذا كان مميزاً واقعاً، ولكن لم يمكن العلم به ظاهراً، كما إذا نسى تاريخ ولادتهما ولم يمكنه العلم به، فالأقوى البطلان، لانصراف الأدله عن مثله، فالقول بالصحه والتشخيص بالقرعه ضعيف.

إمكان العلم به بعد ذلك، كما إذا قال: زوجتك بنتى الكبرى، ولم يكن حال العقد عالماً بتاريخ تولد البنتين، لكن بالرجوع إلى
الدفتر يحصل له العلم}، وإنما قلنا بصحه ذلك لإطلاق الأدله ولا مقيد له، كما نص عليه الجواهر.

ثم إنه لا فرق بين أن يكون التميز فى الماضى كالمثال، أو فى المستقبل كما إذا قال: زوجتك بنتى التى ستدخل من الباب، أو فى الحال كما إذا قال: زوجتك بنتى التى تطبخ الآن، وهما لايعلمانها بالذات.

نعم إذا كان تميز المستقبل متوقفاً على الزواج، كما إذا قال: بنتى التى تلد فى المستقبل ولداً جميلاً ـ مثلًا، لم يصح كما هو واضح.

{نعم إذا كان مميزاً واقعاً، ولكن لم يكن العلم به ظاهراً، كما إذا نسى تاريخ ولادتهما، ولم يمكنه العلم به، فالأقوى البطلان، لانصراف الأدله عن مثله} بضميمه أصاله عدم ترتب الأثر، كما استدل بها الجواهر، كما يظهر من كلامه.

{فالقول بالصحه} كما عن ظاهر القواعد وكشف اللثام وتبعهما المستمسک، {والتشخيص بالقرعه} لأنها لكل أمر مشكل(1)، بل عدم الاحتياج إلى التشخيص أحياناً، كما إذا أرادا العقد لمجرد نتيجه المحرميه، فعقدها ساعه مثلًا، {ضعيف} وإن كان الأظهر الصحه.

١- الوسائل: ج١٨ ص١٨٩ الباب ٣ ح١١

مسأله ۱۸ اختلاف الاسم و الوصف

(مسأله ۱۸): لو اختلف الاسم والوصف أو أحدهما مع الإشاره، أخذ بما هو المقصود، وألغى ما وقع غلطاً، مثلا لو قال: زوجتك الكبرى من بناتى فاطمه، وتبين أن اسمها خديجه، صح العقد على خديجه التى هى الكبرى، ولو قال: زوجتك فاطمه وهى الكبرى، فتبين أنها صغرى صح على فاطمه،

(مسأله ۱۸): {لو اختلف الاسم والوصف أو أحدهما مع الإشاره، أخذ بما هو المقصود} لكلا الطرفين، مثلًا لو قال: زوجتك بنتى فاطمه، والحال أن اسمها رقيه، ولا بنت له سوى واحده صح، لأن مقصودهما شيء واحد، وكذا لو قال: زوجتك هذه فاطمه، والحال أن اسمها رقيه، صح إذا كان مقصودهما هذه،

أما إذا كان مقصودهما فاطمه بطل، لأن هذه ليست فاطمه.

ووجه الصحه أن قصدهما صب على شيء واحد.

{وألغى ما وقع غلطاً} والإشكال فى الصحه بالتخالف بين الاسم والوصف لا وجه له بعد أن كان العقود تتبع القصود.

{مثلًا لو قال: زوجتك الكبرى من بناتى فاطمه، وتبين أن اسمها خديجه، صح العقد على خديجه التى هى الكبرى}، على شرط أن لا يكون مقصود الزوج زواج امرأه اسمها فاطمه، لأنه يحب هذا الاسم، أو نذر ذلك مثلًا، وإلا بطل، لأن المنكوحه ليست مقصده، إذ مقصده مركب كونها كبرى وكون اسمها فاطمه، فحال ذلك حال ما إذا كان قصده أن يكون عمرها أربع عشره سنه، وأن تكون بنت زيد، فإن تخلف أى من القيدين يوجب بطلان العقد.

{ولو قال: زوجتك فاطمه وهى الكبرى، فتبين أنها صغرى، صح على فاطمه

ص:۳۵۷

لأنها المقصود، ووصفها بأنها كبرى وقع غلطاً فيلغى، وكذا لو قال: زوجتك هذه وهى فاطمه أو وهى الكبرى، فتبين أن اسمها خديجه أو أنها صغرى، فإن المقصود تزويج المشار إليها، وتسميتها بفاطمه أو وصفها بأنها الكبرى وقع غلطاً فيلغى.

لأنها المقصوده ووصفها بأنها كبرى وقع غلطاً فيلغى} الغلط ويصح المقصود.

ومما تقدم تبين أنه لو كان مقصوده الأمرين معاً بطل أيضاً.

{وكذا لو قال: زوجتك هذه وهى فاطمه أو وهى الكبرى، فتبين أن اسمها خديجه أو أنها صغرى} صح العقد {فإن المقصود تزويج المشار إليها، وتسميتها بفاطمه أو وصفها بأنها الكبرى وقع غلطاً فيلغى}.

ولو شك عند تخلف الوصف والإشاره أن المقصود كان الوصف مثلاً والوصف متوفر فهو صحيح، أو أن المقصود كانت الإشاره حتى لا يصح، لعدم توفر الإشاره، فهل يقال بالصحه لأصاله الصحه فى العقود، أو البطلان لأصاله عدم الأثر، احتمالان، ويأتى فى المسأله التاليه ما يوضح الحكم.

كما أنه لا إشكال فى صحه ما لو كان من قبيل تخلف الداعى، كما إذا تزوجها بظن أن عمرها أربع عشره سنه، فظهرت أكثر من ذلك، لأن العقود لا تتبع الدواعى، كما هو واضح.

ص:٣٥٨

مسأله ۱۹ صور اختلاف الزوجين

(مسأله ۱۹): إذا تنازع الزوج والزوجه فی التعیین وعدمه، حتی یکون العقد صحیحاً أو باطلاً، فالقول قول مدعی الصحه، کما فی سائر الشروط إذا اختلفا فیها، وکما فی سائر العقود

(مسأله ۱۹): {إذا تنازع الزوج والزوجه فی التعیین وعدمه، حتی یکون العقد صحیحاً} إذا کان معیناً {أو باطلًا} إذا کان غیر معین {فالقول قول مدعی الصحه} لأصاله الصحه، {کما فی سائر الشروط إذا اختلفا فیها} مما یوجب البطلان والصحه علی تقدیرین.

{وکما فی سائر العقود} إذا اختلفا فی شرط یوجب صحهً وبطلاناً علی تقدیرین، وذلک لأن أصل العقد واقع، وانما الاختلاف فی شرط صحته الذی هو التعیین، فأصاله الصحه تکفی فی إثبات الشرط.

ومنه یعلم أن إشکال المستمسک عی المتن کمثاله محل تأمل، قال: (إن التعیین المعتبر فی صحه العقد یقابل العقد المردد أو الکلی، فأحدهما یدعی وقوع العقد علی المعین، والآخر بما حاصله یدعی وقوعه علی الکلی أو علی المردد، فالنزاع فی موضوع العقد، وفی کون أصاله الصحه تصلح لإثبات موضوع العقد تأمل، فهو کاختلاف البائع والمشتری فی أن البیع وقع علی عبد البائع أو علی ولده، فإثبات وقوعه علی العبد بأصل الصحه محل تأمل).

وفیه أولاً: إن إطلاق أصاله الصحه یقتضی الصحه إلاّ فیما خرج بالدلیل، أو کان موضوع أصاله الصحه غیر متحقق، وشیء من الأمرین غیر موجود فی المقام، فإنه قد وقع عقد ولا یعلم فساده، فالأصل صحته، وآثارها حجه، ومن آثارها أن

يكون المعين زوجاً أو زوجةً، وأى فرق بينه وبين ما إذا اختلفا فى أن العقد كان فى حال كون المجرى غير مؤهل أو كان مؤهلًا، أو كان غررياً أو غير غررى، إلى غير ذلك من الاختلافات.

وكذا إذا اختلف الزوجان فى أنها هل كانت راضيه حال إجراء العقد أو كان بإكراه، بل وحتى إذا اختلفا فى أنها هل هى التى قالت: نعم، عند طلب الوكاله، أو أن غيرها قالت: نعم، إلى غير ذلك.

وثانياً: إن المثال لا ينطبق على المقام، لأن الاختلاف فى التعيين وعدمه ليس من قبيل ولده وعبده، وإنما المثال ينطبق على الفرع الثانى أى تنازعهما فى أنها فاطمه أو خديجه.

ومما تقدم يظهر وجه النظر فى تعليق السيد البروجردى، حيث قال: إذا لم يرجع إلى التنازع فى وقوع العقد على المعين وعدمه، وإلا فالقول قول المنكر مع يمينه.

إذ يرد عليه أولاً: إن المسأله ليست لها صورتان.

وثانياً: لماذا لا تجرى أصاله الصحه فى المقام مع أنه من موضوع أصاله الصحه، وإلا لملك كل عاقد أن يبطل العقد بأمثال هذه المنازعات.

ومثلهما فى الإشكال عليهما ما فى تعليق السيد الجمال، قال: (ظاهر العباره هو كون النزاع فى وقوع العقد عليها أو على امرأه أخرى، فيكون أجنبياً عن جريان أصاله الصحه فيه، بل يقدم قول المنكر بيمينه.

ص: ۳۶۰

وإن اتفقا الزوج وولى الزوجه على أنهما عينا معيناً وتنازعا فيه أنها فاطمه أو خديجه، فمع عدم البينه المرجع التحالف

نعم لو تسالما على وقوع العقد عليها وكان النزاع فى صحته وفساده يقدم قول مدعى الصحه).

إذ فيه أولاً: إن ظاهر العباره ليس كما ذكره.

وثانياً: لا حاجه إلى تسليمهما بأن العقد وقع عليها، بل يكفى فى جريان أصاله الصحه تسليمهما بأن عقداً وقع، لكن اختلفا فى أنه هل وقع على الكلى أو عليها بالذات، الذى ذكرنا من استقامه المتن لم يعلق عليه ابن العم ومعلقون آخرون.

{وإن اتفقا الزوج وولى الزوجه على أنهما عينا معيناً وتنازعا فيه أنها فاطمه أو خديجه، فمع عدم البينه المرجع التحالف}، وذلك لأن كلا الطرفين يسلّمان بصحه العقد، وإنما الخلاف فى أنه هل هى هذه أو هذه.

ومثله ما لو انعكس، بأن سلّم أب الولد والزوجه صحه العقد، لكنهما اختلفا فى أنه زوجها لولده هذا أو ذاك.

وإنما كان المرجع التحالف، لأن كلاً منهما مدع ومنكر لما يدعيه الآخر، فالزوج يدعى أن فاطمه مثلاً زوجته، والولى ينكر ذلك، والولى يدعى أن زينب زوجته والزوج ينكر ذلك، فإن كان لأحدهما بينه كان الحق له، وكذا إذا لم يكن لأحدهما بينه لكن حلف أحدهما ونكل الآخر كان الحق له، وإن كان لكليهما بينه أو حلف كلاهما تساقطا وبطلت الدعويان، فهل يرجع الأمر إلى القرعه، لأنها لكل أمر مشكل، أو ينفسخ النكاح، احتمالان، وإن كان

كما فى سائر العقود، نعم هنا صوره واحده اختلفوا فيها، وهى ما إذا كان لرجل عده بنات فزوج واحده ولم يسمها عند العقد، ولا عينها بغير الاسم

الأول أقرب للنص المذكور، ولأنه لا دليل على الانفساخ، وإن قال به المستمسك.

ثم إن الكلام فى أنه هل يقدم قول الأكثر شهوداً كالكلام فى سائر فروع المسأله، مثل ما إذا كان النزاع بين الزوج ونفس الزوجتين لا وليهما، أو كان لهما وليان النزاع بينهم جميعاً، وكذلك الكلام فى أنه كيف يقع النزاع بين الولى وبين الزوج، لا بين المشتبه زوجيتها.

إلى غيرها من الامور المربوطه بهذه المسأله موكول إلى باب القضاء فحال المقام {كما فى سائر العقود} بحاجه إلى تفصيل طويل ليس المقام محله.

{نعم هنا صوره واحده اختلفوا فيها، وهى ما إذا كان لرجل عده بنات}، ثلاثه كما هى مورد الروايه((1))، أو اثنتين أو أكثر، بل الظاهر تعدى الأمر إلى كل ولى لعده نساء، وإن لم يكن بينهما قرابه، لأن من يقول بالنص لابد وأن يرى وحده المناط، ومن يقول بالقاعده فهى مطرده، بل ينبغى التعدى إلى العكس، وهو ما لو زوج أحد أولاده الذكور ولايه أو وكاله، وكذا للوكيل عن عده ذكور.

{فزوج واحده ولم يسمها عند العقد، ولا عينها بغير الاسم} كالإشاره ونحوها

١- الوسائل: ج١٤ ص٢٢٢ الباب ١٥ من أبواب عقد الن ك اح ح١

لكنه قصدها معينه واختلفا فيها، فالمشهور الرجوع إلى التحالف الذى هو مقتضى قاعده الدعاوى، وذهب جماعه إلى التفصيل بين ما لو كان الزوج رآهن جميعاً فالقول قول الأب، وما لو لم يرهن فالنكاح باطل، ومستندهم صحيحه أبى الحذاء

{لكنه قصدها معينه واختلفا فيها} الزوج والولى هل هى هذه أو هذه.

أما ما فى الروايه من كون النزاع بين الكبرى والصغرى فلا مدخليه له فى الحكم، فإن الحكم كذلك إذا كان الاختلاف بين الكبرى والوسطى مثلاً كما هو واضح.

{فالمشهور الرجوع إلى التحالف} كما حكى عن الحلى والمسالك والروضه وشرح النافع وجامع المقاصد، وفى المستمسك قال: لم أقف على من نسب ذلك إلى المشهور، وقال السيد البروجردى: المشهور بين من تعرض للمسأله هو ما تضمنه الروايه.

{والذى هو مقتضى قاعده الدعاوى وذهب جماعه} كالشيخ فى النهايه وابن البراج والمحقق والعلامه والشهيد فى اللمعه وغيرهم، وعن المسالك نسبه ما ذكره المحقق إلى أكثر الأصحاب {إلى التفصيل بين ما لو كان الزوج رآهن جميعاً فالقول قول الأب، وما لو لم يرهن فالنكاح باطل، ومستندهم صحيحه أبى الحذاء} التى رواها الكلينى (رحمه الله) قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن رجل كن له ثلاث بنات أبكار فزوج إحداهن رجلاً، ولم يسم التى زوج للزوج ولا للشهود، وقد كان الزوج فرض لها صداقاً، فلما بلغ إدخالها على الزوج بلغ

وهی وإن کانت صحیحه إلّا أن إعراض المشهور عنها مضافا إلی مخالفتها للقواعد مع إمکان حملها علی بعض المحامل یمنع عن العمل بها

الزوج أنها الکبری من الثلاثه، فقال الزوج لأبیها: إنما تزوجت منک الصغیره من بناتک، قال: فقال أبو جعفر (علیه السلام): «إن کان الزوج رآهن کلهن ولم یسم له واحده منهن فالقول فی ذلک قول الأب، وعلی الأب فیما بینه وبین اللّه تعالی أن یدفع إلی الزوج الجاریه التی کان نوی أن یزوجها إیاه عند عقده النکاح، وإن کان الزوج لم یرهن کلهن ولم یسم له واحده منهن عند النکاح، فالنکاح باطل»((۱)).

وقد روی هذه الروایه الشیخ والصدوق أیضاً.

{وهی وإن کانت صحیحه، إلّا أن إعراض المشهور مضافاً إلی مخالفتها للقواعد وإمکان حملها علی بعض المحامل، یمنع عن العمل بها}.

ولکن لا یخفی ما فی کل هذه الأمور، إذ لم یثبت إعراض المشهور عنها، ومخالفتها للقواعد غیر ضائر، إذ لا یشترط فی العمل بالروایه أن تکون موافقه للقواعد، وإمکان الحمل علی بعض المحامل لا یوجب صرف النظر عن الروایه.

نعم یبقی أنه یمکن دعوی ظهور الروایه فیما لا ینافی القواعد، فإن الزوج إذا رآهن ولم یعین واحده کان معنی ذلک تزویج الأب له أیه منهن، فیکون کما

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۲۲۲ الباب ۱۵ من أبواب عقد الن ک اح ح۱

فقول المشهور لا يخلو عن قوه، ومع ذلک الأحوط مراعاه الاحتیاط، وکیف کان لا یتعدی عن موردها.

إذا رأی المشتری عده أقلام، وقال: بعنی واحداً، فإن ظاهره أنه فوض الأمر إلی البائع، ثم إن ادعی أنه أراد الذی فی طرف یمین البائع مثلاً ـ لم یقبل قوله، لأن أصاله الصحه محکمه، بخلاف ما إذا لم یرهن، فإن المنصرف من توکیله أنه یرید الأحسن، والأحسن هی الصغیره.

ولعل کشف اللثام أشار إلی ذلک، حیث قال: (لا بعد فی أن یکون التفویض إلی الولی جائزاً فی النساء اللاتی رآهن، لأنهن تعین عنده دون من لم یرهن لکثره الجهاله، لا أن الرؤیه دلیل علی التفویض وأن التفویض جائز مطلقاً) انتهی.

وإن احتمل فی الروایه ذلک فلا یمکن جعلها مخصصه للقواعد الأولیه، بل اللازم الاقتصار فیها علی ما لا ینافی القواعد.

{فقول المشهور لا ـ یخلو عن قوه و} إن کان {مع ذلک الأحوط مراعاه الاحتیاط} فإنه سبیل النجاه، وإذا کان مقتضی القاعده هو المعمول به مع الاحتیاط فی مورد الروایه لم یکن وجه لقوله.

{وکیف کان لا یتعدی عن موردها} بالإضافه إلی أنه إذا عمل بالروایه فالمناط الذی ذکرناه فی أول المسأله یقتضی التعدی، حیث یری العرف وحده الحکم فی الروایه وما یتعدی منها إلیه.

ثم الظاهر أن المراد بالبطلان فی الروایه البطلان بدون إجازه الزوج، وإلا فلا یزید ذلک عن عقد فضولی عقده الولی لإنسان ابتداءً.

ص:۳۶۵

مسأله ۲۰ لا يصح نكاح الحمل وانكاحه

(مسأله ۲۰): لا يصح نكاح الحمل وإنكاحه، وإن علم ذكوريته أو أنوثيته، وذلك لانصراف الأدله،

(مسأله ۲۰): {لا يصح نكاح الحمل وإنكاحه، وإن علم ذكوريته أو أنوثيته، وذلك لانصراف الأدله}، وللإجماع المدعى، وربما علل بالجهاله، وأنه هل هو ولد أو أنثى، واحد أو اثنان، والعمده ما ذكره المصنف، والإشكال فيه بأنه بدوى غير وارد، فإنه من أظهر مصاديق الانصراف.

أما الإجماع فإنه وإن جعله الجواهر العمده، لكن فى صغراه تأمل، ولذا قال المستمسك: (ويظهر من كلماتهم أنه مما لاخلاف فيه) مما يظهر منه نوع تردد فى عدم الخلاف فكيف بالإجماع.

أما الجهاله بأنه ذكر أو انثى وغيره، كما عن المسالك، فيرد عليه ما أورده المصنف أولاً، وبأنه يمكن أن يزوجه بنته وولده فى نكاحين، فيعلم صحه أحدهما فيما إذا علم وحدته وعدم كونه خنثى.

وكيف كان، فحال الجنين حال الميت فى عدم صحه التزويج، ويؤيد ذلك جعله مثله فى الديه، ولا ينقض ذلك بصحه ملكه فى مبحث العبيد والإماء، ولا بصحه النذر المتعلق به كما فى آيه (إنى نذرت لك ما فى بطنى محرراً)(1)، لوجود الاعتبار العقلائى والإمضاء الشرعى فى المقامين دون المقام.

ص:۳۶۶

۱- سوره آل عمران: الآيه ۳۵

كما لا يصح البيع أو الشراء منه ولو بتولى الولى، وإن قلنا بصحه الوصيه له عهديه، بل أو تمليكيه.

{كما لا يصح البيع أو الشراء منه ولو بتولى الولى} لانصراف الأدله إلاّ فيما استثنى، كما فيما إذا كان بعض الورثه حملاً فباع الوصى التركه، أو عزلت حصته وخاف الحاكم أو غيره من الأولياء على حصته، فإنه يجوز له بيعها.

لكن ربما يقال: إنه إذا صار لذلك اعتبار عقلائى صار موضوعاً للحكم الشرعى، مثل: (أوفوا بالعقود)((۱))، و (أحل اللّه البيع)((۲))، وهذا وإن كان غير بعيد إلاّ أنه يشكل الفتوى به، ولذا لم نستبعد أن يكون للطفل المشوه الذى سبب أبواه تشويهه مثلاً أن يطالبهما بالديه بنفسه أو بوليه، لأنه حقه، و«لا يتوى حق امرئ مسلم».

{وإن قلنا بصحه الوصيه له عهديه، بل أو تمليكيه} للدليل الخاص الموجود فى باب الوصيه.

نعم قد أشكلنا نحن فى باب الوصيه العهديه له إذا رفض بعد البلوغ، لأن قاعده «الناس مسلطون على أنفسهم» تقتضى أن لا يتمكن إنسان جعل إيجاب على إنسان آخر بدون رضاه، وتفصيل الكلام فى كتاب الوصيه.

والظاهر أنه يصح بيعه ورهنه وإجارته وما أشبه فى الحمل إذا كان عبداً له، لإطلاق الأدله، والانصراف بدوى، كما يصح كل ذلك بالنسبه إلى الحيوان.

۱- سوره المائده: الآيه ۱

۲- سوره البقره: الآيه ۲۷۵

وكـذا الظـاهر أن الجنـايه عليه يوجب آثـاره من القصـاص والـديه، كمـا إذا ضـرب بطن حامـل فانكسـرت يـد الطفل، وإن كان الأحوط التصالح، من جهه احتمال الانصراف المؤيد بأن قتل الجنين ليس كقتل الإنسان الحى، وأنه مثل الميت فى الديه.

والظاهر صحه عتقه، للإطلاق، والانصراف إن قيل به فهو بدوى.

كما يصح وقفه، للإطلاق، ويؤيده الاستصحاب لما فى الآيه، فتأمل.

مسأله ۲۱ لا یشترط علم کل من الزوجین بأوصاف الآخر

(مسأله ۲۱): لا یشترط فی النکاح علم کل من الزوج والزوجه بأوصاف الآخر مما یختلف به الرغبات وتکون موجبه لزیاده المهر أو قلته

(مسأله ۲۱): {لا یشترط فی النکاح علم کل من الزوج والزوجه بأوصاف الآخر} ولا بأوصاف أقربائهما، کأنه لا إشکال فیه ولا خلاف، بل ادعی الجواهر الضروره علی ذلک، ویقتضیه السیره القطعیه کما فی المستمسک.

ویدل علیه إطلاق الأدله، فیصح النکاح مع الجهاله، وإن کان الاختلاف {مما یختلف به الرغبات، وتکون موجبه لزیاده المهر أو قلته}.

فإذا لم یعلم الزوج أن الزوجه بکر أو ثیب، أسود أو أبیض، جمیله أو قبیحه، أبوها تاجر أو فقیر، من بیت رفیع أودنی، ولد حلال أو الزنا، إلی غیرها، وتزوجها لم یکن بذلک بأس.

وکذلک إذا لم تعلم الزوجه ذلک بالنسبه إلی الزوج، ولعل السر فیه أن الزواج لیست معامله، وإنما هو نوع من التصاحب والتعاون، فلا یلاحظ فیه هذه الأمور.

وأما ما عن کشف اللثام من ظهور کلامه فی قدح کثره الجهاله، کأنه أراد بذلک ما کان علی خلاف المنصرف، بأن لم یرض أحدهما بکل المحتملات، فیکون من باب التدلیس، وإن کان ربما یستدل له بقوله تعالی: (آتوهن أجورهن)((۱)).

ص:۳۶۹

۱- سوره النساء: الآیه ۲۴

فلا یضر بعد تعیین شخصها الجهل بأوصافها، فلا تجری قاعده الغرر هنا.

وقوله سبحانه: (آتیت أجورهن)([(۱)](#content_note_370_1)).

وبما ورد من أنه یشریها بأغلی ثمن، لکن الظاهر أن المراد بالآیه والروایه التشبیه لا الحقیقیه، ولذا لم یدرجوا باب النکاح فی بابی الإجاره والبیع.

{فلا یضر بعد تعیین شخصها الجهل بأوصافها، فلا تجری قاعده الغرر هنا} وإن ورد نهی النبی (صلی الله علیه وآله وسلم) عن الغرر، واستدل به بعض الفقهاء لعدم جواز الغرر فی سائر المعاملات غیر البیع الذی ورد فیه نهی النبی (صلی الله علیه وآله وسلم) عن بیع الغرر، مما لا یبعد أن یکون العمل جابراً له، إلاّ أن الضروره والسیره القطعیه تکفیان فی الخروج عن هذه الکلیه.

ثم إن بابی التدلیس والعیوب الموجبه للفسخ لا ربط لهما بالمقام کما هو واضح، فلا یدلان علی الاشتراط، وحیث لا یشترط علمهما فأولی عدم اشتراط علم أولیائهما فیما کان لهما ولیان، وأولی عدم اشتراط علمهما بأولیاء الآخر فیما کان له ولی، للأصل والسیره وغیرهما.

۱- سوره الاحزاب: الآیه ۵۰

فصل فی مسائل متفرقه

مسأله ۱ عدم اشتراط الخیار فی النکاح

فصل

فی مسائل متفرقه

الأولی: لا یجوز فی النکاح دواماً أو متعهً اشتراط الخیار فی نفس العقد

فصل

فی مسائل متفرقه

{الأولی: لاـ یجوز فی النکـاح دواماً أو متعهً اشتراط الخیار فی نفس العقـد} بلا إشـکال ولا خلاف، بل عن الخلاف والمبسوط والسرائر وجامع المقاصد والمسالک وکشف اللثام وغیرهم الإجماع علیه.

وفی الجواهر الإجماع بقسمیه علیه.

وقد استدلوا لذلک بأن النکاح لا یدخل فیه التقایل، فلا یدخل فیه الشـرط لتلازمهما، وبالسـیره القطعیه، وبحصر أسباب الرد فی أمور خـاصه مـذکوره فی باب العیوب التی توجب الرد، والحصـر یفیـد عـدم صـحه الرد بغیر تلک العیوب، فإذا دخل فیه الخیار کان معناه صحه الرد بغیر تلک العیوب.

ص:۳۷۱

فلو شـرطه بطل، وفی بطلان العقد به قولان، المشـهور علی أنه باطل، وعن ابن إدریس أنه لا یبطل ببطلان الشـرط المذکور، ولا یخلو قوله عن قوه،

وبقول الصـادق (علیه السـلام) فیمـا تقـدم من خبر نکـاح المتعه: «إنک إن لم تشترط» _ أی لم تـذکر المـده فی العقـد _ «کان تزویج مقام»، وجه الدلاله أنه یکون حینئذ تزویجاً دائماً لا تزلزل فیه.

إلی غیر ذلک من الأدله التی لا تکون کافیه، وإن کانت مؤیده، باستثناء الإجماع المقطوع به والسیره.

إذ لا ـ دلیل علی التلازم بین التقایل والشـرط، کما أن حصـر العیوب فی المـذکورات لا یـدل علی عـدم دخول الشـرط، إذ ظاهر الحصـر أنه لا یرد بغیر المذکورات من سائر العیوب، فلا ینافی ذلک الرد بسـبب الشرط، وخبر أبان یدل علی أن عدم ذکر المده توجب الدوام، لأنه إذا ذکر الشرط لم ینفع فی جواز الرد به.

قال فی المستمسک: (ظاهر الحدائق وجود القائل بالجواز لأنه نسب المنع إلی المشهور، ولکن لم یعرف بذلک قائل).

وفیه: إنه لا ـ ظهور لـذلک، إذ ربمـا بنسب الحکم إلی المشـهور من باب أن الناسب لم یطلع علی کلام الکل، لامن باب أنه اطلع علی المخالف.

{فلو شرطه بطل} الشرط لأنه یکون من الشرط المخالف للکتاب والسنه.

{وفی بطلان العقد به قولان، المشهور علی أنه باطل} وقد نسب المسالک وکشف اللثام والجواهر البطلان إلی المشهور.

{وعن ابن إدریس إنه لا یبطل} العقـد {ببطلان الشـرط المـذکور، ولا یخلو قوله عن قوه}، وهـذا هو الذی اختاره غیر واحد من المعلقین کالسیدین ابن العم

إذ لا فرق بینه وبین سائر الشروط الفاسده، فیه مع أن المشهور علی عدم کونها مفسده للعقد ودعوی کون هذا الشرط منافیاً لمقتضی العقد بخلاف سائر الشروط الفاسده التی لا یقولون بکونها مفسده، کما تری

والجمال وإن تأمل فیه السید البروجردی.

{إذ لا فرق بینه} أی بین الشرط فی عقد النکاح {وبین سائرالشروط الفاسده، فیه مع أن المشهور علی عدم کونها مفسده للعقد} لأنه هناک رضاءان، رضا بأصل العقد ورضا بالشرط، ولیس الرضا بأصل العقد مقیداً بالرضا بالشرط حتی أنه إذا فسد الشرط یکون العقد فاسداً، لفوات المقید بفوات قیده، ولذا قال فی الجواهر: وضوح وجه البطلان بفوات الرضا المقرون بالشرط بفواته.

{ودعوی کون هذا الشرط منافیاً لمقتضی العقد} إذ مقتضی العقد اللزوم فالخیار مناف له، وکل شرط نافی مقتضی العقد بطل، إذ لا یتحقق العقد، کما إذا نکح بشرط أن لا یکون الرجل محرماً للمرأه، أو باع بشرط أن لا یملک المشتری المثمن مثلاً.

{بخلاف سائر الشروط الفاسده التی لا یقولون بکونها مفسده} کما إذا شرط فی عقد البیع أن یشرب المشتری خمراً مثلاً، حیث إن هذا الشرط وإن کان باطلاً لکنه لا یبطل العقد، إذ لیس منافیاً لمقتضی العقد.

{کما تری} إذ اللزوم لیس من ذاتیات النکاح، ولذا یصح المتعه، ویصح ما إذا کان فی أحدهما عیب یوجب صحه الرد، أو کان هناک تدلیس یعطی الحق

وأما اشتراط الخيار فى المهر فلا مانع منه

فى الرد بسببه، وعليه فليس شرط الخيار خلاف مقتضى العقد حتى يكون القصد إلى مضمون العقد ومضمون الشرط من القصد إلى المتنافيين الموجب لعدم تحقق القصد إلى العقد.

لا يقال: العقد فى غير الموارد الثلاثه يقتضى شرعاً الدوام، فالشرط خلاف مقتضى العقد شرعاً.

لأنه يقال: ذلک لا يجعل قصد العاقد إلى العقد والشرط قصداً إلى المتنافيين، لإمكان عدم التفاته إلى مقتضى العقد شرعاً، أو التفاته ولكن قصد الخلاف تشريعاً، وعلى أى حال لم يأت بخلاف مقتضى العقد.

{وأما اشتراط الخيار فى المهر فلا مانع منه} فإذا فسخ المهر بالخيار يكون العقد بلا مهر، فتكون كالمفوضه للبضع، وجواز اشتراطه هو المعروف بينهم، كما فى المستمسک، والمصرح به فى الشرائع والقواعد والمسالک وكشف اللثام وغيرهم.

واستدل له فى الجواهر بقول (عليه السلام): «المؤمنون عند شروطهم»((1))، وهو شرط لا يخالف الكتاب ولا السنه ولا ينافى مقتضى العقد، لأن المهر ليس ركناً فى الدوام كما قرر فى محله، إذ حقيقه النكاح إعطاء كل من الزوجين نفسه للآخر وهو حاصل، سواء كان بمهر أو بدون مهر.

وربما يحتمل فساد مثل هذا الشرط لإطلاق

١- الاستيصار: ج٣ ص٢٣٢ ح٤، التهذيب: ج٧ ص ٢٧١ ح٤

ولكن لا بد من تعيين مدته، وإذا فسخ قبل انقضاء المده يكون كالعقد بلا ذكر المهر، فيرجع إلى مهر المثل

بعض العبارات: (لا- خيار فى النكاح) الشامل للخيار فى المهر، ولأن المهر جزء، فإذا تزلزل بالخيار فإما أن يتزلزل الكل وهو باطل، لأن العقد لا يقع متزلزلاً فى باب النكاح، كما سبق.

وأما أن لا يتزلزل وهو غير تام، إذ تزلزل الجزء يستلزم تزلزل الكل فى الجمله.

وفيهما ما لا يخفى، فإن المنصرف من الإطلاقات نفس العقد لا المهر، وتزلزل المهر لا يوجب تزلزل العقد، لأنه التزام فى ضمن التزام، ولذا يصح بلا مهر.

{ولكن لابد من تعيين مدته} كما عن المسالك وغيره، واستدل له بأن المنصرف من إطلاق دليل الشرط ما كان عقلائياً يقدم عليه العقلاء، فعدم تعيين المده غير عقلائى، فلا يدخل فى إطلاق دليل الشرط.

وفيه: إنه لا شک فى إقدام العقلاء على مثل هذا الشرط، ولذا أطلق غالب الأصحاب، واحتمل الصحه كشف اللثام معللاً ذلک بإطلاقهم، وإن كان الجواهر أفتى بما أفتى به المسالک.

ومثل اشتراط الخيار فى أصل المهر، اشتراطه فى خصوصياته، كأن يشترط الخيار فى مده المهر الغائب، إلى غير ذلک، لإطلاق دليل الشرط.

{وإذا فسخ قبل انقضاء المده} فإذا كان معنى الاشتراط خيار قدر المهر {يكون كالعقد بلا ذكر المهر فيرجع إلى مهر المثل} لأنهما التزما بأصل المهر،

ص:٣٧٥

هذا فی العقد الدائم الذی لا یلزم فیه ذکر المهر، وأما فی المتعه حیث إنها لا تصح بلا مهر فاشتراط الخیار فی المهر فیها مشکل.

وإنما جعل الخیار فیما ذکر من المسمی، فإذا بطل المسمی رجع إلی مهر المثل.

وأما إذا کان معنی الاشتراط حقه فی الفسخ بدون بدل، کان لازم الفسخ أن یبقی العقد بلا مهر أصلاً.

ومنه یعلم عدم استقامه إطلاق المصنف الرجوع إلی مهر المثل.

کما أنه یظهر الحال فیما إذا جعل الخیار فی بعض المهر لا فی کله، وأنه یکون له حالتان أیضاً.

{هذا فی العقد الدائم الذی لا یلزم فیه ذکر المهر، وأما فی المتعه حیث إنها لا تصح بلا مهر فاشتراط الخیار فی المهر فیها} إن کان بمعنی الخیار فی قدر المهر حتی یرجع عند الانفساخ إلی مهر المثل، أو فی بعض المهر حتی إذا فسخ لا یبقی العقد بلا مهر، فلا إشکال فیه، لإطلاق دلیل الشرط الذی لا یلزم منه محذور فی المقام.

وأما إن کان بمعنی الخیار فی أصل المهر کله، حتی إذا فسخ بقی العقد بلا مهر أصلا، فـ {مشکل}، لأنه بفسخ المهر ینفسخ العقد، لأن المهر معتبر فی عقد المتعه، ومعنی اعتباره أنه لا تصح متعه بدون المهر، فإذا فسخ بقی العقد بلا مهر وهو مبطل له، إذ یکون اشتراط الخیار فی المهر، کاشتراط الخیار فی عقد النکاح.

الثانيه: إذا ادعى رجل زوجيه امرأه

ومنه يظهر أن إطلاقهم صحه اشتراط الشرط فى المهر، يراد به فى الدائم لا المتعه، اللهم إلّا أن يقال: إنه لا يزيد على كونه شرطاً فاسداً، ومثله يَفسد لا أنه يُفسد كما تقدم وجهه، ولعل نظر المصنف حيث لم يفت بالبطلان إلى هذا.

ثم لا يخفى أن صحه شرط الخيار ــ فى كل مورد قلنا بصحه شرطه ــ يصح أن يكون لأحد الزوجين أو لأجنبى، لإطلاق دليل الشرط.

والمده للخيار إذا قيداه بها، يصح أن تكون متصله بالعقد، أو منفصله عنه.

مسأله ۲ لو ادعى أحدهما الزوجيه وصدقه الآخر

{الثانيه: إذا ادعى رجل زوجيه امرأه} ولم نتمكن من تحصيل تصديقها أو تكذيبها، قبل الإقرار فى حق المدعى، ولم يقبل فى حق الطرف.

أما بالنسبه إلى المدعى فلقاعده إقرار العقلاء، وأما بالنسبه إلى الطرف فلأنه لا دليل على صدقه بالنسبه إليه، إلّا إذا أقام البينه وما أشبه، مثل ما إذا كان معاشرها معاشره الأزواج، فإن حمل فعل المسلم على الصحيح وإخبار ذى اليد وما أشبه يقتضى تصديقه من الطرفين، وعلى ذلك جرت سيره المتشرعه، بل سيره العقلاء كافه.

ومثله ما إذا اقترن دعواه بالشياع ولو لم يكن مفيداً للعلم، لما حققناه فى كتاب التقليد من حجيه الشياع وإن لم يفد العلم.

وكما الكلام فى الزوج

فصدقته، أو ادعت امرأه زوجيه رجل فصدقها، حكم لهما بذلك فى ظاهر الشرع، ويرتب جميع آثار الزوجيه بينهما، لأن الحق لا يعدوهما، ولقاعده الإقرار

كذلك يكون الكلام فى ادعاء الزوجه.

ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يكون طرف المدعى حياً أو ميتاً.

أما لو ادعى زوجيتها {فصدقته، أو ادعت امرأه زوجيه رجل فصدقها} وإن ظننا الكذب، إذا لم تكن أماره شرعيه على خلاف الادعاء {حكم لهما بذلك} بلا إشكال ولا خلاف ظاهر من أحد، وفى الحدائق إنه لا ريب فى الحكم المذكور، وفى المستمسك بلا خلاف فى ذلك ظاهر، وفى المستند والجواهر إرساله إرسال المسلّمات، {فى ظاهر شرع} لأن الإقرار والتصديق لايفيدان أكثر من الحكم الظاهرى، أى الإنجاز والتعذير.

{ويرتب جميع آثار الزوجيه بينهما}، ويدل على ذلك بالإضافه إلى عدم الخلاف والسيره، ما ذكره بقوله: {لأن الحق لا يعدوهما} فهما بالنسبه إليه مثل ذى اليد، وقد سبق فى بعض مباحث الفقه قبول قوله فى كل ما يتعلق به، إذا لم يجعل الشارع له طريقاً خاصاً.

{ولقاعده الإقرار} التى لوازمها حجه أيضاً، فإشكال المستمسک بأن (القاعده تختص بما يكون على نفسه، فلا تشمل ما يتعلق بغيره، ومنه إرث أحدهما من الآخر، فإنه يتعلق بوارثه) انتهى، غير ظاهر الوجه، ولذا لو قال: إنى غير متزوج، أو لا أملك الزياده، أو ليس مالى بقدر النصاب، أو لا أملك

وإذا مات أحـدهما ورثه الآخر، ولا فرق فی ذلک بین کونهما بلدیین معروفین أو غریبین، وأما إذا ادعی أحدهما الزوجیه وأنکر الآخر فیجری علیهما قواعد الدعوی

شیئاً حتی أعطی النفقه لأقربـائی، إلی غیر ذلـک، قبـل منه بلوازمه، مع أن الأول إقرار فی حق الغیر، لاحتمال کونه متزوجاً أربعاً، فلاـ یحق له هـدر حقهم بأخـذ الخـامسه، أو هـدر حق العمه والخاله بتزویـج بنتی أختها وأخیها، والثانی یحتمل کونه هـدراً لحق الإمام والساده، والثالث لحق الفقراء ومن إلیهم، والرابع لحق الأقرباء.

واستدل المستمسک له بقاعده: «من ملک شیئاً ملک الإقرار به».

قیل فیه: إن ملک الرجل للمرأه وبالعکس أول الکلام، فلا یثبت بهذه القاعده موضوعها، فتأمل.

{وإذا مـات أحـدهما ورثه الآـخر} لأـنه من لوازم الزوجیه، کما أنه إذا مات أحـدهما أو طلق الزوج اعتـد الآخر فی المرأه، وفی الرجل بالنسبه إلی مده العده فی الطلاق بالنسبه إلی أختها ونحوهها.

{ولاـ فرق فی ذلـک بین کونهما بلـدیین معروفین أو غریبین} لإطلاق الأدله السابقه، وقـد ذکر الجواهر أنه لخلاف بعض العأمه فی المسـأله، حیث منع من قبول الإـقرار فی البلـدیین، بنـاءً منه علی اعتبـار الإشـهاد فی النکاح، وضـعفه کضـعف مبناه واضـح لا یحتاج إلی التفصیل.

{وأما إذا ادعی أحـدهما الزوجیه وأنکر الآخر فیجری علیهما قواعـد الـدعوی} کما ذکره المحقق والعلامه وغیرهما، مرسـلین له إرسال المسلّمات، وذلک

فإن كان للمدعى بينه وإلا ـ فيحلف المنكر أو يرد اليمين فيحلف المدعى ويحكم له بالزوجيه، وعلى المنكر ترتيب آثاره فى الظاهر، لكن يجب على كل منهما العمل على الواقع بينه وبين الله

لإطلاق أدله الدعوى {فإن كان للمدعى بينه} غير معارضه ببينه المنكر، قبل قوله، لقاعده: إن على المدعى البينه وعلى المنكر اليمين.

نعم إذا كان لكليهما بينه، فهل يتساقطان مطلقاً، أو يقدم من كانت بينته أكثر، فيه كلام مربوط بباب القضاء.

{وإلا ـ} يكن لأحدهما بينه {فيحلف المنكر} ويكون الحق له {أو يرد اليمين فيحلف المدعى ويحكم له بالزوجيه} إذا لم نقل بأن مجرد رد المنكر يثبت عليه الدعوى.

{وعلى المنكر} إذا ظهر الحق للمدعى {ترتيب آثاره} آثار الزواج {فى الظاهر} فقط، إذ الحكم لا يوجب تغيير الواقع، إذا علم أو شك فى أنها زوجه له أم لا، وترتيب الآثار إنما هى بالمقدار المجبور عليه الذى لا مندوحه له، إذا علم بأنها ليست زوجه، بل يشكل جداً فى مثل وطى كل أربعه أشهر مره، لأنه زنا باعتقاده إذا كان هو المنكر، أو باعتقادها إن كانت هى المنكره.

نعم إذا لم يعلم بالواقع وإنما يستند إلى الحجه، فالحكم مقدم عليه، كما صرح به السيدان البروجردى والحكيم.

{لكن يجب على كل منهما العمل على الواقع بينه وبين اللّه} إذا علم بأن الواقع خلاف الحكم، كما صرح بذلك غير واحد، لأصاله أن الحكم لا يغير الواقع.

وإذا حلف المنكر حكم بعدم الزوجيه بينهما، لكن المدعى مأخوذ بإقراره المستفاد من دعواه، فليس له إن كان هو الرجل تزويج الخامسه، ولا أم المنكره، ولا بنتها مع الدخول بها، ولا بنت أخيها أو أختها إلاّ برضاها، ويجب عليه إيصال المهر إليها

ويؤيده فى المقام صحيح هشام بن الحكم، عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): «إنما أقضى بينكم بالبينات والأيمان، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض، فأيما رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فإنما قطعت له قطعه من نار»((١)).

ومحل الكلام فى ذلك فى كتاب القضاء.

{وإذا حلف المنكر حكم بعدم الزوجيه بينهما} لما ذكر فى كتاب القضاء من أن الحلف يذهب بالحق ظاهراً، {لكن المدعى مأخوذ بإقراره، المستفاد من دعواه}، إذ البينه والحلف لا يغيران الواقع، فليس حلف المرأه بأنها ليست زوجه للرجل بمنزله الطلاق أو الفسخ، ولا بمنزله عدم النكاح أصلا.

{فليس له} أى للمدعى {إن كان هو الرجل تزويج الخامسه، ولا أم المنكره} ولا أختها {ولا بنتها مع الدخول بها} بل ولا مع عدم الدخول بها إذا لم يطلقها، لوضوح عدم جواز الجمع بين الأم والبنت.

{ولا بنت أخيها إلاّ برضاها} كما صرح بذلك المستند وغيره.

{ويجب عليه إيصال المهر إليها} كلًا لمقتضى العقد، أو بعضاً إن قلنا بأنه قبل

ص:٣٨١

١- الوسائل: ج١٨ ص١٦٩ الباب ٢ من أبواب ك يفيه الح ك م وأحكام الدعوى ح٢

نعم لا يجب عليه نفقتها لنشوزها بالإنكار، وإن كانت هى المدعيه لا يجوز لها التزويج بغيره

الدخول مثل الطلاق قبل الدخول إذا لم يكن دخل بها، هذا فى الدائم.

أما المنقطع فلا حق لها إذا امتنعت عن الاستمتاعات، ويسقط بالنسبه حتى مع الدخول، إذا كان امتناع لها عن بقيه المده.

{نعم لاـ يجب عليه نفقتهـا، لنشوزها بالإنكار} كما عن المسالك وكشف اللثام، وصـرح به الحـدائق والمسـتند والجواهر، ناسـباً الحدائق له إلى الأصحاب.

ولا يخفى أن كون النفقه فى قبال التمكين هو المسـتفاد من الأخبار عند عرضـها على العرف، ولو بمعونه القرائن الخارجيه، ولذا أرسله الفقهاء إرسال المسلّمات، فإشكال المستمسك بأن النشوز إذا كان الامتناع بدون عذر شرعى، أما مع العذر كما إذا كانت حائضاً أو مسافره استطاعه للحج فلا نشوز، وهنا لها عذر شرعى حسب المفروض، غير ظاهر الوجه.

وكيف يمكن القول بوجوب نفقتهـا على المـدعى وعلى زوجهـا الثانى الـذى تزوجها، بل يمكن أن يسـتفاد كون النفقه فى قبال التمكين من قـول النـبى (صـلى الله عليه وآله وسـلم) فى مـا رواه تحف العقول فى حـديث: «وأطعنكم فعليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف» فإن عدم الإطاعه ولو كان من جهه إنكارها الزوجيه يسقط الرزق، أما عدم الإطاعه فى الحج ونحوه فإنما يثبت النفقه فيه لدليل خاص.

{وإن كانت هى المدعيه، لا يجوز لها التزويج بغيره} كما صرح بذلك

ص:٣٨٢

إلا إذا طلقها ولو بأن يقول: هی طالق إن كانت زوجتی، ولا يجوز لها السفر من دون إذنه، وكذا كل ما يتوقف علی إذنه

الجماعه السابقون، وذلک لأنها ذات زوج باعتقادها، فيكف تتزوج، وإذا أرادت الخلاص طلقها الحاكم الشرعی إذا لم يستعد الزوج طلاقها، وذلک لأنه لا يمسكها بالمعروف، فلابد من التسريح بالإحسان، وحيث يكون ممتنعاً يكون الولی هو الحاكم.

ولا فرق بين الامتناع بعد عدم حصول الإمساک بالمعروف، بين أن يكون عن عذر أو بلا عذر.

أما النفقه فهل يحق لها السرقه منه مثلًا لأنها ممكنه، أم لا لأنه لا يعترف بكونها زوجه له، احتمالان، الظاهر الأول، واعترافه غير مهم بعد أن تری أنها زوجه له واقعاً.

{إلا إذا طلقها ولو بأن يقول: هی طالق إن كانت زوجتی}، وهذا التعليق غير ضار بعد كونها زوجةً واقعاً، فهو مثل أن يقول: إن كان النهار موجوداً فهی طالق، وقد مر مثل ذلک فی إجراء صيغه العقد.

{ولا يجوز لها السفر من دون إذنه} علی تأمل، إذ هو راض الآن بذلک، ولو كان رضاه عن اعتقاد خاطئ، فهو من باب تخلف الداعی الذی لا يضر.

{وكذا كل ما يتوقف علی إذنه} كالصوم المندوب ونحوه.

ويقتضی ذلک أن لا يحق لأختها، وبنتی أختها وأخيها، وأمها وبنتها، إذا علمن أنها مزوجه

ولو رجع المنكر إلى الإقرار، هل يسمع منه ويحكم بالزوجيه بينهما، فيه قولان، والأقوى السماع إذا أظهر عذراً لإنكاره ولم يكن متهماً

أن يقبلن الزواج بالرجل، إلّا إذا رضيت فى بنتى الأخ والأخت، كما أن الخامسه لا يحق لها القبول بزواجها له، إذا علمت بصدق المدعيه.

{ولو رجع المنكر إلى الإقرار، هل يسمع منه ويحكم بالزوجيه بينهما} لقاعده إقرار العقلاء، فإنه لا فرق فيها بين الإقرار بعد الإنكار، أو بدون الانكار، فكما أنه إذا أنكر أولاً ـ أنه مديون لفلان ديناراً، ثم أقر به أخذ به ولم يلتفت إلى إنكاره السابق، كذلك إذا أقر بالزوجيه بعد إنكاره.

{فيه قولان}، أما وجه عدم السماع فلأن إقراره وإنكاره يتساقطان، فالأصل عدم الزوجيه، {والأقوى السماع} مطلقاً لما عرفت من تقدم قاعده الإقرار.

أما ما ذكره المصنف من قوله: {إذا أظهر عذراً لإنكاره ولم يكن متهماً} فكأنه إذا لم يظهر العذر تساوى إقراره وإنكاره فلا يقدم إقراره، ويتساقطان ويكون الأصل عدم الزوجيه، بخلاف ما إذا أظهر عذراً، فإن الإقرار يقدم عند العقلاء لكثره إنكار الإنسان لشيء فراراً من توابعه، ثم يعترف به تسليماً للأمر الواقع، وتحريضاً من النفس اللوامه إظهاره الحق.

أما وجه تقييده بعدم كونه متهماً، فلأنه إذا كان متهماً فى إقراره لم يشمله قاعده إقرار العقلاء، فيبقى الإنكار سارى المفعول، لكنك قد عرفت قوه قاعده إقرار العقلاء، فلا يبقى وجه لتقييده بالقيدين.

ص:۳۸۴

وإن كان ذلك بعد الحلف، وكذا المدعى إذا رجع عن دعواه وكذب نفسه

{وإن كان ذلك بعد الحلف} فإن الحلف لا تسقط قاعده الإقرار، ولذا لو حلف أنه ليس مديوناً لزيد ثم أقر بالدين أخذ به، وكذلك حكم الحاكم لا يوجب تغيير الواقع، كما يدل عليه ما تقدم من صحيح هشام وغيره، مما ذكروه فى كتاب القضاء.

{وكذا المدعى إذا رجع عن دعواه وكذب نفسه} فأنكر الزوجيه بعد ما ادعاها وقد أنكر الزوجيه الآخر، فإنه يسمع إنكاره، وإن كان إنكاراً بعد الإقرار.

واستدلوا لذلك، مع أنه خلاف قاعده إقرار العقلاء، بأمور:

الأول: إن بناء العقلاء على عدم الأخذ بالإقرار إذا كان صادراً لغير بيان الواقع، بل لأمر آخر، فإذا أنكر المقر ظهر أن إقراره كان صادراً لغير بيان الواقع، وحيث إن الشارع قرر الطريقه العقلائيه، فقوله: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»((1))، يريد به ما لم يكن إقراراً بداع آخر غير بيان الواقع.

الثانى: إن الإنكار بعد الإقرار أمر معتاد، وكثيراً ما يقع الإقرار ثم الإنكار، والحال أن الإنكار واقع مطابق للحقيقه، فإذا لم يسمع دعواه يذهب كثير من الحقوق هدراً، ولا يجوز إهدار الحقوق، فاللازم السماع.

١- الوسائل: ج١٦ ص١١١ الباب ٣ من أبواب ح ك م الإقرار ح٢

نعم يشكل السماع منه إذا كان ذلك بعد إقامه البينه منه على دعواه، إلّا إذا كذبت البينه نفسها أيضاً.

الثالثه: إذا تزوج امرأه تدعى خلوها عن الزوج فادعى زوجيتها رجل

الثالث: جريان السيره على سماع الإنكار بعد الإقرار، كسماع الإقرار بعد الإنكار.

أقول: لا يخفى أن فى هذه الجمله كفايه، وإن كان يخدش بعضها، بل عن المسالك نسبه السماع إلى الأكثر، وفى الجواهر عند قول المحقق: (قيل: لا تقبل دعواه لأنه مكذب لإقراره، وقيل: يقبل لأنه ادعى ما هو معتاد، وهو أشبه) قال: (لم نتحقق القائل بالأول من العامه فضلا عن الخاصه وإنه لم نجد خلافه فى القبول).

{نعم يشكل السماع منه إذا كان ذلك} الإنكار لادعائه السابق {بعد إقامه البينه منه على دعواه}، وذلك لإطلاق أدله حجيه البينه التى لا يضره إنكار من قامت البينه له، فإذا ادعى زوجيه امرأه وأقام بينه ثم أنكر، لم يسقط لوازم الزوجيه من عدم تزويج الخامسه وأمها وبنتها وأختها، إلى غير ذلك.

{إلّا إذا كذبت البينه نفسها أيضاً} إذ تسقط البينه حينئذ ويسمع إنكاره.

وحيث إن هذه المباحث مرتبه بباب الشهادات والإقرار والقضاء، فتفصيل الكلام فيها موكول إلى تلك الأبواب.

مسأله ٣ لو تزوج ام أ ره تدعى خلوها

{الثالثه: إذا تزوج امرأه تدعى خلوها عن الزوج، فادعى زوجيتها رجل

آخر لم تسمع دعواه إلّا بالبينه

آخر لم تسمع دعواه إلّا بالبينه} ذكره غير واحد، بل ربما نسب إلى أكثر الأصحاب، وذلك لأنه مدع، والبينه على المدعى.

ولخبر يونس، قال: سألته عن رجل تزوج امرأه فى بلد من البلدان فسألها لك زوج، فقالت: لا، فتزوجها ثم إن رجلاً أتاه فقال: هى امرأتى، فأنكرت المرأه ذلك، ما يلزم الزوج، فقال (عليه السلام): «هى امرأته إلّا أن يقيم البينه»((١)).

ونحوه مكاتبه الحسين بن سعيد، وخبر عبد العزيز بن المهتدى، قال: سألت الرضا (عليه السلام) قلت: جعلت فداك، إن أخى مات وتزوجت امرأته، فجاء عمى فادعى أنه كان تزوجها سراً، فسألتها عن ذلك فأنكرت أشد الإنكار، وقالت: ماكان بينى وبينه شيء قط، فقال (عليه السلام): «يلزمك إقرارها، ويلزمه إنكارها»((٢)).

ومنه يعرف لزوم حمل موثق سماعه على الاستحباب، قال: سألته عن رجل تزوج أمه (جاريه، خ ل) أو تمتع بها، فحدثه رجل ثقه أو غير ثقه فقال: إن هذه امرأتى وليست لى بينه، فقال (عليه السلام): «إن كان ثفه فلا يقربها، وإن كان غير ثقه فلا يقبل منه»((٣)). أو يحمل على ما إذا اطمأن من قول الثقه.

والموثق وإن كان أخص، إلّا أن عدم العامل به كما قالوا، أوجب حمله على أحد المحملين.

١- الوسائل: ج١۴ ص٢٢۶ الباب ٢٣ من أبواب عقد الن ك اح ح٣

٢- الوسائل: ج١۴ ص٢٢۶ الباب ٢٣ من أبواب عقد الن ك اح ح١

٣- الوسائل: ج١۴ ص٢٢۶ الباب ٢٣ من أبواب عقد الن ك اح ح٢

نعم له مع عـدمها على كل منهما اليمين، فإن وجّه الـدعوى على الامرأه فأنكرت وحلفت سـقط دعواه عليها، وإن نكلت أو ردت اليمين عليه فحلف لا يكون حلفه حجه على الزوج، وتبقى على زوجيه الزوج مع عدمها، سواء كان عالماً بكذب المدعى أو لا،

{نعم له مع عـدمها} أى عدم البينه {على كل منهما} الزوج الزوجه {اليمين} أما اليمين على الزوجه فلأنها منكره، وعلى المنكر اليمين، وأما اليمين على الزوج فهو إنما يكون إذا ادعى المـدعى علم الزوج بأنها زوجه للمـدعى، فيحلف الزوج على عدم علمه، كل ذلك للقواعد المقرره فى كتاب القضاء.

{فإن وجّه الـدعوى على الامرأه فأنكرت} إما لادعائها أنها لا تعلم، مثلاً يـدعى المـدعى أن وليها زوجها له، وتـدعى هى عـدم علمها، أو لادعائها عـدم الزواج أصـلًا، فإنها إن أنكرت {وحلفت سـقط دعواه عليها} لأن الأيمان تسـقط الدعوى، كما ورد فى النص والفتوى.

{وإن نكلت أو ردت اليمين عليه فحلف} على مـا ذكروه فى بـاب القضاء، من أن مجرد النكول يسـقط الـدعوى، أو بعـد حلف المدعى {لا يكون حلفه حجه على الزوج} لأصاله صحه نكاح الزوج.

{وتبقى على زوجيه الزوج مع عـدمها} أى عـدم البينه {سواء كان} الزوج {عالماً بكـذب المدعى أو لا} بل كان جاهلًا بصدقه أو كذبه، وذلك لأن الزوجيه حق الزوج، وهذا الحق لا يسقط بمجرد عدم حلف الزوجه.

وإن أخبر ثقه واحد بصدق المدعى وإن كان الأحوط حينئذ طلاقها فيبقى النزاع بينه وبين الزوج

نعم إن قامت البينه ثبت عدم الزوجيه، لأن لوازم البينه حجه، ولذا لا تبقى بعد البينه على زوجيه الزوج، بل لو ادعى المدعى زوجيه امرأه زيد وصدقت المرأه، لم تقبل الدعوى بدون البينه، إذ إقرارها وقع فى حق الغير، والإقرار فى حق الغير ليس بنافذ.

ومنه يعلم الإشكال فى أصل توجه اليمين إلى المرأه، لما ذكره المسالك وغيره، (بأن اليمين إنما تتوجه إلى المنكر، إذا كان بحيث لو اعترف لزم الحق ونفع المدعى، والأمر هنا ليس كذلك، لأن المرأه لو صادقت المدعى دعواه لم تثبت الزوجيه، لأن إقرارها واقع فى حق الغير، وهو الزوج) انتهى.

ومنه يعرف حكم العكس، وهو ما إذا ادعت المرأه زوجيه رجل عنده أختها أو أربعه أو بنتها أو أمها، وأنكر الزوج، ولم تكن لها بينه، لم يتوجه الحلف إليه، لأنه حتى وإن أقر كان اعترافاً بحق الغير، أى الأخت والرابعه وما أشبه، وإذ لم يصح الإقرار لم يصح الحلف مع الإنكار.

لكن المسأله بحاجه إلى التأمل، فنكلها إلى كتاب القضاء.

{وإن أخبر ثقه واحد بصدق المدعى} أن زوجه الزوج زوجه له، وذلك لأن الثقه لا تكون جامعه لشرط الشهاده الحجه فى مثل الدعاوى.

{وإن كان الأحوط حينئذ طلاقها} جمعاً بين الاحتياطين، وقد تقدم فى موثقه سماعه أن المدعى إن كان ثقه لا يقربها الزوج، لكنه حيث كان خلاف الاحتياط أيضاً كان الاحتياط فى طلاقها.

{فيبقى النزاع بينه وبين الزوج}، فالمدعى يدعى أنها زوجته، والزوج

ص:٣٨٩

فإن حلف سـقط دعواه بالنسـبه إليه أيضاً، وإن نكل أو رد اليمين عليه فحلف حكم له بالزوجيه إذا كان ذلك بعـد أن حلف فى الـدعوى على الزوجه بعـد الرد عليه، وإن كـان قبل تماميه الـدعوى مع الزوجه فيبقى النزاع بينه وبينها كما إذا وجه الـدعوى أولاً عليه،

ينكر ذلك بدعوى جهله أو علمه بالعدم، والمفروض أنه لا بينه للمدعى لتحسم النزاع.

{فإن حلف} الزوج {سقط دعواه} دعوى المدعى {بالنسبه إليه} إلى الزوج {أيضاً} كما سقط دعواه قبلاً بالنسبه إلى المرأه.

{وإن نكل} الزوج {أو ردّ اليمين عليه} أى على المدعى {فحلف} المدعى {حكم له} أى للمدعى {بالزوجيه إذا كان ذلك} اى كان حلف المـدعى فى قبال الزوج {بعـد أن حلف} المـدعى {فى الدعوى} الأولى التى كانت {على الزوجه بعد الرد} أى رد الزوجه الحلف {عليه} أى على المدعى.

والحاصل: المدعى حلف مرتين، مره حينما ادعى ضد الزوجه، ومره حينما ادعى ضد الرجل.

{وإن كان} حلف المـدعى ضـد الزوج {قبل تماميه الـدعوى مع الزوجه} بأن ادعى أولاً ضد الزوج، فحلف المدعى ضد الزوج ثم ادعى ضـد المرأه، {فيقى النزاع بينه وبينهـا}، وقـد مثل المصـنف لقوله: (قبل تماميه الـدعوى) بقوله: {كما إذا وجه الـدعوى أولاً عليه} أى على الزوج.

والحاصل: إن هـذه دعوى على كل من الزوج والزوجه، فمع عدم البينه إن حلفا سـقط دعواه عليهما، وإن نكلا أو رد اليمين عليه فحلف ثبت مـدعاه، وإن حلف أحدهما دون الآخر فلكل حكمه، فإذا حلف الزوج فى الدعوى عليه فسـقط بالنسـبه إليه والزوجه لم تحلف بل ردت اليمين على المدعى أو نكلت، ورد الحاكم عليه فحلف، وإن كان لا يتسلط عليها لمكان

{والحاصل: إن هـذه الـدعوى} من المـدعى أن زوجه فلان زوجته {على كل من الزوج والزوجه} لأنه يريد إبطال حقهما {فمع عدم البينه للمدعى} يأتى دور حلفهما.

أمـا إذا كـانت له بينه فـالحق يكـون للمـدعى {إن حلفـا} الزوجـان {سـقط دعـواه عليهمـا} لأـن المنكر إذا حلف سـقط دعوى المدعى.

{وإن نكلاـ أو رد اليمين عليه فحلـف} المـدعى {ثبت مـدعاه} لأـن يمين المـدعى بمنزله الـبينه إذا لم يكن للمـدعى بينه، ولم يحلف المنكر.

{وإن حلـف أحـدهما دون الآـخر فلكـل} من الزوجين {حكمه، فـإذا حلـف الزوج فى الـدعوى عليه فسـقط} دعـوى المـدعى {بالنسـبه إليه} أى بالنسـبه إلى الزوج {و} الحـال أن {الزوجه لم تحلف بـل ردت اليمين على المـدعى أو نكلت وردّ الحاكم} الحلف {عليه} أى على المدعى ضد الزوجه، {فحلف} المدعى.

{وإن كان} المدعى {لا يتسلط عليها} بسبب حلف المدعى ضد الزوجه {لمكان

حق الزوج إلاّ أنه لو طلقها أو مات عنها ردت إليه، سواء قلنا إن اليمين المردوده بمنزله الإقرار أو بمنزله البينه أو قسم ثالث، نعم فى استحقاقها النفقه والمهر المسمى على الزوج إشكال، خصوصاً إن قلنا أنه بمنزله الإقرار،

حق الزوج} كما تقدم.

وقوله (وإن كان) بمنزله الجواب لقوله: (فإذا حلف الزوج فى الدعوى).

{إلا} أن فائده حلف المدعى ضد الزوجه {أنه} أى الزوج {لو طلقها أو مات عنها} أو فسخ هو أو هى نكاحها لفاسخ {ردت} الزوجه {إليه} أى إلى المدعى، لأن المانع عن نفوذ حلف المدعى كان حق الزوج، فإذا سقط هذا الحق نفذ حق المدعى.

{سواء كان قلنا إن اليمين المردوده بمنزله الإقرار أو بمنزله البينه أو قسم ثالث} إذ هى على كل وجه من الوجوه الثلاثه، تكون مثبته لحق الحالف على خصمه، وقد ذكر الفقهاء فى كتاب القضاء فروعاً متفرقه على الخلاف المذكور، كما أنهم ذكروا أدله لكل وجه من الوجوه الثلاثه.

{نعم فى استحقاقها النفقه والمهر المسمى على الزوج} فى حال عدم حلفها ضد المدعى {إشكال} من جهه أن اليمين المردوده على المدعى تثبت أنها ليست زوجه لمن هى فى حبالته الآن، وإذ لم تكن زوجه فكيف تستحق عليه المهر والنفقه، {خصوصاً إن قلنا إنه} أى يمين المدعى {بمنزله الإقرار} منهما على أنها ليس زوجه لمن فى حبالته.

ص:٣٩٢

أو البينه، هذا كله إذا كانت منكره لدعوى المدعى، وأما إذا صدقته وأقرت بزوجيته فلا يسمع بالنسبه إلى حق الزوج، ولكنها مأخوذه بإقرارها، فلا تستحق النفقه على الزوج ولا المهر المسمى، بل ولا مهر المثل إذا دخل بها لأنها بغيه بمقتضى إقرارها، إلّا أن تظهر عذراً فى ذلك

{أو البينه} فإن الإقرار يسقط حقها، والبينه تثبت لوازمها، هذا وجه عدم استحقاقها.

وأما وجه استحقاقها، فلأنها كانت زوجه قبل ادعاء المدعى، وهى لم تصدق ادعاءه، ولعل عدم حلفها من جهه أنها تجل الله عن الحلف أو لمحذور آخر، فزوجيتها ثابته لمن فى حبالته، وهى تلازم النفقه والمهر، فلا وجه لسقوطهما بمجرد النكول أو الرد.

{هذا كله إذا كانت منكره لدعوى المدعى، وأما إذا صدقته وأقرت بزوجيته فلا يسمع بالنسبه إلى حق الزوج} لما تقدم من أنه إقرار فى حق الغير، ومثله لا يسمع.

{ولكنها مأخوذه بإقرارها} لقاعده «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»([1])، {فلا تستحق النفقه على الزوج ولا المهر المسمى، بل ولا مهر المثل إذا دخل بها، لأنها بغيه} ولا المهر ولا نفقه لبغيه {بمقتضى إقرارها، إلا أن تظهر عذراً فى ذلك، وإنما لم

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۱۱۱ الباب ۳ من أبواب الإقرار ح۳

وترد على المدعى بعد موت الزوج أو طلاقه، إلى غير ذلك.

تتزوج بـالزوج الـذى هى فى حبالته، إلاّ لجهلها بالحرمه مثلاً، فإن الوطى يكون بشـبهه حينئـذ، ووطى الشـبهه له مهر، والظاهر أنه أقل الأمرين من المثل والمسـمى، إذ لو كان المسـمى أقل فقد رضـيت بذلك، وهو يسقط الزياده، وإن كان المثل أقل فالمسمى لا يثبت بوطى الشبهه، إذ المثبت له العقد الصحيح والمفروض انتفاؤه، فتأمل.

{وترد على المـدعى بعـد موت الزوج أو طلاـقه} أو فسـخ النكـاح {إلى غير ذلـك} مثـل أنهـا لا يكون بينها وبين أقرباء الزوج علاـقه، إلاـ بقـدر مـا يسـتلزمه البغـاء أو وطى الشـبهه، بينمـا تكون بينهـا وبين أقرباء المـدعى العلاقه، ولا ترث الزوج وإنما ترث المدعى.

بقى شـىء، وهو أنه لو لم تصـدق الزوجه دعوى المـدعى ولاـ أنكرته، بـل ادعت عـدم العلم، بأن قالت: لا أدرى، كما إذا ادعى المـدعى تزويجهـا حين ولاـيه الأـب والجـد عليها بأن كان صـغيره حين زواجها، فإن ادعى المـدعى عليها العلم فله الحق فى أنه يحلفها على نفى علمها.

قـال فى المسـتند: لأـنه دعـوى مسـتلزم تحقق المـدعى به، لثبوت حق له، فيـدخل فى عموم «اليمين على من أنكر»، وإن لم يـدع المـدعى عليها العلم فلا تسـلط له عليها بالزوجيه، إلاّ بعـد قيام البينه، للأصل الخالى من المعارض، ولا بالحلف للأدله المصـرحه بأن الحلف على البنت.

أقول: وحيث إن تفصيل الكلام فى هذه الفروع من شأن كتاب القضاء

ص:٣٩۴

الرابعه: إذا ادعى رجل زوجيه امرأه وأنكرت، فهل يجوز لها أن تتزوج من غيره قبل تماميه الدعوى مع الأول، وكذا يجوز لذلك الغير تزويجها، أو لا، إلاّ بعد فراغها من المدعى، وجهان، من أنها

نكتفى فى المقام بهذه القدر، والله العالم بحقائق الأحكام.

وإن كـان لابـد من التنبيه على أنه إن أمكن للقاضـى اسـتخراج الحق من غير طريق البينه والحلف وجب عليه ذلك، كما قرر فى كتاب القضاء.

مسأله ۴ هل يجوز التزويج قبل تمام الدعوى

{الرابعه: إذا ادعى رجـل زوجيه امرأه} وصـدقت فهى زوجته، وإن سـكتت مـدعيه عـدم علمهـا به، لاحتمال أن وليها زوجها فى صغرها، كان على المدعى البينه وعليها الحلف لعدم علمها، فإذا أقام بينه كان الحق له، وإن لم يقم وحلفت على عدم علمها كان الحق لها.

{و} إن {أنكرت فهـل يجوز لها أن تتزوج من غيره قبل تماميه الـدعوى مع الأول، وكـذا يجوز لـذلك الغير تزويجها، أو لا، إلاّ بعد فراغها من المدعى، وجهان}.

ووجه ثالث هو التفصـيل بين تضـرر المرأه من عدم الزواج لطول الدعوى وتراضـى المدعى فيجوز الزواج، وبين عدم الضـرر فلا يجوز.

نسب المسالك إلى المحقق عدم الجواز مطلقاً، واحتمل هو التفصيل، واختار الجواهر الجواز مطلقاً.

وجه الجواز مطلقاً: {من أنها} مسلطه على نفسها، لقاعده «الناس مسلطون على أنفسهم»((۱)).

۱- البحار: ج۲ ص۱۷۲

قبل ثبوت دعوى المـدعى خليه ومسـلطه على نفسـها، ومن تعلق حق المـدعى بها، وكونها فى معرض ثبوت زوجيتها للمدعى مع أن ذلك تفويت حق المدعى إذا ردت الحلف عليه وحلف، فإنه ليس حجه على غيرها وهو الزوج

فإنها {قبل ثبوت دعوى المدعى خليه} شـرعاً {ومسـلطه على نفسـها} فيحق لها أن تتزوج، كما يحق لها أن تسافر وتفعل كل ما يحق للخليه أن تفعله، وكـذلك إذا ادعى إنسان مالاً فى يـد إنسان آخر فإنه يحق لـذى اليـد أن يفعل بما فى يده ما شاء، لقاعده سلطنه الناس على ما فى أيديهم.

{و} وجه المنع مطلقاً {من تعلق حق المـدعى بها، وكونها فى معرض ثبوت زوجيتها للمـدعى، مع أن ذلك تفويت حق المدعى إذا ردت الحلف عليه وحلف، فإنه ليس حجه على غيرها وهو الزوج} فإن المرأه إذا تزوجت ونكلت فحلف المـدعى كان الحق للمدعى إذا كانت المرأه خليه.

أما إذا كانت مزوجه فنكلت فقد عرفت فى المسأله السابقه أن حلف المدعى لا يوجب زوجيه المرأه للمدعى، لأنها حق الغير.

بل قـد عرفت أن تصـديق المرأه المزوجه للمـدعى لا يفيـد، لأنه إقرار فى حق الغير الذى هو الزوج، إذاً فتزوجيها يوجب تفويت حق المدعى، وما يفوت حق الغير ليس بجائز.

لكن يرد على هذا الاستدلال، أن المعرضيه للحق لا توجب قصر السلطنه على النفس، إذ السلطنه ثابته والمزاحم غير ثابت.

ومثله إذا ادعت امرأه زوجيه رجـل وأنكر الرجـل، فيحق له أن يزوج أختها وأمها وبنتها، وإن كان فى معرض الـدعوى، فلا يقال: لا يحق له ذلك فى حال الدعوى.

وكذا الكلام فى المال المتنازع

ص:٣٩٦

ويحتمـل التفصـيل بين مـا إذا طـالت الـدعوى فيجوز للضـرر عليهـا بمنعهـا حينئـذ، وبين غير هـذه الصوره، والأظهر الوجه الأول، وحينئذ فإن أقام المدعى بينه وحكم له بها كشف عن فساد العقد عليها

فيه، إذا أراد التصرف فيه من له يد عليه، والزوجه التى يدعى إنسان زوجيتها إذا أراد الزوج وطيها مثلًا، إلى غير ذلك.

والحاصـل: إنه كمـا ذكره المسـتمسك (ليس تصـرفاً فى الحـق، بـل من قبيـل رفع موضوعه، فيسـقط، على أن جواز الادعـاء من الأحكام ولم يثبت أنه من الحقوق، فإنه لا يسقط بالإسقاط) انتهى.

{ويحتمل التفصيل} المتقدم عن المسالك {بين ما إذا طالت الدعوى فيجوز للضرر عليها بمنعها حينئذ} من الزواج، {وبين غيره هـذه الصوره} فلا يجوز، ويرد عليه بالإضافه إلى ما تقـدم أن فى صوره الضـرر يتعارض ضـرر المرأه وضـرر المـدعى فيساقطان ويكون المرجع حق المـدعى، بالإضافه إلى أنه يلزم على هـذا القول أن يكون المدار التضـرر وإن كان بدون طول مده الدعوى، وطول المده حينئذ يكون مصداقاً، لا أن الأمر منحصر فيه.

{والأظهر} عند المصنف ومن وجدتهم من المعلقين كالساده البروجردى وابن العم والجمال وغيرهم {الوجه الأول} لما عرفت، {وحينئـذ} إذا تزوجت {فإن أقـام المـدعى بينه وحكم له بهـا كشف عن فسـاد العقـد عليهـا} لأن البينه كمـا تكون حجه على المستقبل تكون حجه على الماضـى، لكن الظاهر أنه إن لم يثبت تعمـدها فى الزواج مع علمها ببطلانه، أن لها حق النفقه والمهر على زوجها الثانى، لأصاله حمل فعل المسلم على الصحيح.

ص:٣٩٧

وإن لم يكن له بينه وحلفت بقيت على زوجيتها، وإن ردت اليمين على المدعى وحلف ففيه وجهان، من كشف كونها زوجه للمدعى فيبطل العقد عليها، ومن أن اليمين المردوده لا يكون مسقطاً لحق الغير وهو الزوج، وهذا هو الأوجه، فيثمر فيما إذا طلقها الزوج أو مات عنها، فإنها حينئذ ترد على المدعى، والمسأله سياله

{وإن لم يكن له بينه وحلفت، بقيت على زوجيتها} إذ سقط بذلك دعوى المدعى، {وإن ردت اليمين على المدعى} ولم يحلف، بقيت على زوجيتها أيضاً.

{و} إن {حلف ففيه وجهان}، وجه بطلان زواجها بالثانى {من كشف كونها زوجه للمدعى فيبطل العقد عليها}، ووجهه السيد البروجردى بأنه إنما يحلف اليمين المردوده لإثبات ما كان ادعاه عليها ما كانت خليه عن هذا الزوج، ولم يكن لدعواه توجه إليه أصلاً.

{ومن أن اليمين المردوده لا يكون مسقطاً لحق الغير وهو الزوج، وهذا هو أوجه} لقاعده السلطنه التى لا ترفعها الدعوى، ومجرد الادعاء لا ينفع فى كون الحلف الآن مسقطاً لحق الغير، بل لو أنها بعد زواجها صدقت المدعى لم يكن لتصديقها أثر، لأنه إقرار فى حق الغير.

وفى تعليقه ابن العم: (لا يترك الاحتياط فى هذه المسأله وسابقتها).

وفى تعليقه السيد الجمال: (لا تسمع الدعوى فى شىء مما يكون من هذا القبيل إلّا بالبينه). وفيه نظر واضح.

وكيف كان {فيثمر} يمين المدعى {فيما إذا طلقها الزوج أو مات عنها} أو فسخ النكاح {فإنها حينئذ ترد على المدعى، والمسأله سياله} فى باب الزواج كما

فى دعوى الأملاك وغيرها أيضاً.

الخامسه: إذا ادعى رجل زوجيه امرأه فأنكرت، وادعت زوجيته امرأه أخرى لا ـ يصح شرعاً زوجيتها لـذلك الرجل مع الامرأه الأولى، كما إذا كانت أخت الأولى أو أمها أو بنتها، فهناك دعويان إحداها من الرجل على الامرأه، والثانيه من الامرأه الأخرى على ذلك الرجل، وحينئذ فإما أن لا يكون

عرفت بعض أمثلتها سابقاً.

و {فى دعوى الأملاك وغيرها أيضاً} كما إذا ادعى إنسان مالاً فى يد زيد، وحلف اليمين المردوده كان له، أما إذا باعه المالك فى حال الدعوى لم تنفع اليمين المردوده فى انتزاع الملك من يد المشترى، لأن المدعى عليه قد فوت حق المدعى بتفويت موضوعه، وكذا يأتى الكلام فى باب الإجاره والهبه والوقف والرهن وغيرها.

مسأله ۵ لو ادعت أخت الزوجه: أنها زوجه الرجل

{الخامسه: إذا ادعى رجل زوجيه امرأه فأنكرت، وادعت زوجيته امرأه أخرى لا يصح شرعاً زوجيتها لـذلك الرجل مع الامرأه الأولى، كما إذا كانت أخت الأولى أو أمها أو بنتها}، مثلًا ادعى زيد أن فاطمه زوجته، وقالت أخت فاطمه: إنى زوجه زيد، فإنه لا يصح زواج الأختين، وهاتان الدعوييان لا يصح شرعاً جمعهما.

{فهناك دعويان، إحداهما من الرجل على الامرأه} الأولى {والثانيه من الامرأه الأخرى على ذلك الرجل}، وحينئذ {فـ} المحتملات ثلاثه، لأنه {إما أن لا يكون

هنـاك بينه لواحـد من المـدعيين، أو يكون لأحـدهما دون الأـخرى، أو لكليهمـا، فعلى الأـول يتوجه اليمين على المنكر فى كلتا الدعويين، فإن حلفا سقطت الدعويان، وكذا إن نكلا وحلف كل من المدعيين اليمين المردوده

هناك بينه لواحـد من المـدعيين} دون الدعوى الأخرى، {أو يكون لإحداهما دون الأخرى، أو لكليهما، فعلى الأول} عدم البينه أصلاً {يتوجه اليمين على المنكر فى كلتا الدعويين، فإن حلفا سقطت الدعويان.

وكـذا تسـقط الـدعويان {إن نكلا وحلف كل من المـدعيين اليمين المردوده}، وذلك لأنه لا يمكن الجمع بين الدعويين، لعدم إمكان أن تكون الأختان زوجه لشخص واحد، فالدعويان متكاذبتان، وحيث لا ترجيح تسقط كلتاهما.

وفى المقام احتمالان آخران:

الأـول: أشـار إليه المسـتمسك، قـال: (قـد يشـكل جواز رد اليمين من أحـدهما بعـد أن رد عليه اليمين من الآخر، لأن نتيجه الرد التساقـط، ولـذا قال فى الجواهر: "ولو ردت الأولى عليه اليمين مثلا فحلف فهل له رد اليمين على المـدعيه وجهان" إلاّ أن يقال: إن التساقط ليس من آثار الرد الثانى، بل من آثار الردين، واجتماع اليمينين المردودتين) انتهى كلامه.

الثانى: أن يكون الفيصل بعـد الحلفين المردودتين القرعه، لأنها لكل أمر مشـكل، ومجرد التكاذب إذا حلفا لا يوجب عدم حلف أحدهما، إذ حال اليمينين حال الشهادتين، كما إذا أقام الرجل الشهاده على أن فاطمه زوجته، وأقامت

وإن حلف أحدهما ونكل الآخر وحلف مدعيه اليمين المردوده سقطت دعوى الأول، وثبت مدعى الثانی، وعلى الثانی، وهو ما إذا

أخت فاطمه أنها زوجه الرجل، فإنهما لا يعقل اجتماعهما شرعاً، ومع ذلک إذا اجتمعا لزمت القرعه.

وكذا إذا قال الرجل: فاطمه زوجتی وصدقته، وقالت أخت فاطمه: الرجل زوجی وصدقها الرجل، فإنه لا يمكن الجمع بين آثار الإقرارين شرعاً، فإذا جمعا لزم القرعه.

وكذا فی كل دليل واحد جمع بين أمرين لا يمكن الجمع بينهما شرعاً، وفی كل دليلين كذلک، كما إذا أقر بأن فاطمه زوجته وصدقته، وقامت الشهاده على أن أخت فاطمه زوجته، إذ لا يمكن الجمع بين الشهاده وبين الإقرار، إذا لم نقل بأن الشهاده تقدم على الإقرار، وإلا لم يكن مجال للتنازع بين الدليلين، وسيأتی عن قريب روايه الزهری المفصله فی المسأله.

{وإن حلف أحدهما ونكل الآخر وحلف مدعيه اليمين المردوده} مثلاً قال الزوج: فاطمه زوجتی، وأنكرت فاطمه وحلفت، وقالت أخت فاطمه: الرجل زوجی، ولم يحلف الزوج على إنكاره، {سقطت دعوى الأول} لأن حلف فاطمه أسقطت دعواه، {وثبت مدعى الثانی} لأن نكول الرجل عن الحلف لإنكاره زوجيه الأخت يثبت أن أخت فاطمه زوجته، وعليه يكون أخت فاطمه زوجه الرجل، لا فاطمه.

{وعلى الثانی} من الأقسام الثلاثه التی ذكرت فی أول المسأله {وهو ما إذا

كان لأحدهما بينه، ثبت مدعى من له البينه، وهل تسقط دعوى الآخر أو يجرى عليه قواعد الدعوى من حلف المنكر أو رده، قد يدعى القطع بالثانى لأن كل دعوى لا بد فيها من البينه أو الحلف، ولكن لا يبعد تقويه

كان لأحدهما بينه} ولم يكن للآخر بينه {ثبت مدعى من له البينه} لأن البينه تثبت الحق.

{وهل تسقط دعوى الآخر} لعدم إمكان الجمع بين الأختين مثلا، {أو يجرى عليه قواعد الدعوى من حلف المنكر أو رده} لإطلاق أدله الدعوى الشامله لهذه الدعوى.

{قد يدعى القطع بالثانى لأن كل دعوى لابد فيها من البينه أو الحلف} وهذه الكليه صادقه على دعوى الثانى.

وهذا هو الأقرب، ويوضحه أنه لو تصادق زوجان على أن بينهما الزوجيه، ثم ادعت أخت الزوجه أنها زوجه لهذا الرجل، سمعت دعواها، وخير الرجل بين الحلف والنكول إن لم يكن بينه، وفائده السماع أنها إذا طلقت الزوجه أو ماتت أو فسخ نكاحها كانت الأخت زوجه للرجل، لرفع المانع بطلاقها ونحوه.

وبسماع دعوى الأخت أفتى الشهيد وتبعه الجواهر، فقالا بأنه لابد للزوج من اليمين على نفى دعوى الأخت، لأنه منكر بالنسبه إلى دعواها، والبينه على زوجيته أختها لا تقتضى العلم بكذبها، ضروره إمكان صدق البينه مع تقدم العقد عليها، وإن شئت قلت البينه حجه لا علم، والحجه يمكن مخالفتها للواقع.

ص:۴۰۲

الوجه الأول لأن البينه حجه شرعيه، وإذا ثبت بها زوجيه إحدى الامرأتين لا يمكن معه زوجيه الأخرى، لأن المفروض عدم إمكان الجمع بين الامرأتين، فلازم ثبوت زوجيه إحداهما بالأماره الشرعيه عدم زوجيه الأخرى

وبذلك يظهر أن إشكال المستمسك على الجواهر بقوله: (وفيه إن ذلك يتم إن كان مستند البينه وقوع العقد المبنى على ظاهر الصحه، أما إذا كان المستند العلم، فالبينه كما تشهد بالزوجيه المدعاه للرجل مثلاً، تدل على كذب دعوى الأخت ضروره) انتهى. غير رافع لما ذكرناه بقولنا: (وإن شئت) فلا ينفع رد المستمسك للجواهر فى إبطال الحكم الذى ذكره المصنف بقوله: (قد يدعى).

ومما ذكرناه يظهر وجه ضعف ما أفتى به المصنف بقوله: {ولكن لا يبعد تقويه الوجه الأول} بسقوط دعوى الآخر {لأن البينه حجه شرعيه، وإذا ثبت بها زوجيه إحدى الامرأتين لا يمكن معه زوجيه الأخرى، لأن المفروض عدم إمكان الجمع بين الامرأتين، فلازم ثبوت زوجيه إحداهما بالأماره الشرعيه عدم زوجيه الأخرى}.

إذ الحجه الشرعيه لا تنفى احتمال الطرف الآخر، ومع الاحتمال يأتى دور سماع الدعوى، وهى تفيد ما إذا ارتفع المانع، فحاله حال ما إذا ادعت أختان زوجيه رجل، وأقامت إحداهما البينه، وصدق الرجل للتى لا بينه لها، فإن البينه محكمه إلاّ أن فائده إقراره أنه إذا انفصل عن الزوجه ثبتت زوجيه الأخرى، بالإضافه إلى وجوب إعطائها النفقه.

وعدم إمكان الجمع بينهما واقعاً لا يضر، فهو مثل

ما إذا اعترف بداره لزيد أولاً، ثم لعمرو ثانياً، حيث تعطى الدار لزيد، وثمنها لعمرو، مع عدم إمكان الجمع بين الأمرين، فتأمل.

نعم ربما يستفاد من روايه الزهرى، عن على بن الحسين (عليهما السلام) عدم سماع الدعوى للثانيه، وإن كانت لها بينه، فإذا لم تكن لها بينه فبالطريق الأولى.

قال: «فى رجل ادعى على امرأه أنه تزوجها بولى وشهود، وأنكرت المرأه ذلك، وأقامت أخت هذه المرأه على هذا الرجل البينه أنه تزوجها بولى وشهود، ولم يوقت وقتاً، إن البينه بينه الزوج، ولا تقبل بينه المرأه، لأن الزوج قد استحق بضع هذه المرأه وتريد أختها فساد هذا النكاح، ولا يقبل بينتها إلّا بوقت قبل وقتها، أو دخول بها»((۱)).

وهذه الروايه وإن كانت ضعيفه، إلّا أن المستند والجواهر وغيرهما قالوا: إنها منجبره بالشهره، بل دعوى عدم الخلاف والإجماع على طبقها، قيل: إنها موافقه للقاعده، إذ لدى تعارض البينتين تتساقطان، ويقدم إقراره على دعوى الأخت التى لا دليل لها، إذ بينتها سقطت حسب الفرض.

قال فى محكى كشف اللثام: (إن الوجه فى ترجيح بينته على بينتها أنها تنكر ما هو فعله، ولعله عقد على الأولى قبل العقد عليها، وهى لا تعلم، ولا يعلم فعله إلّا من قبله) انتهى، وفيه نظر ظاهر.

أما إذا كانت بينه الأخت سابقه فى التوقيت فإنها تقدم، إذ لا مجال لبينه الزوج

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۲۲۵ الباب ۲۲ من أبواب عقد الن ك اح ح۱

وعلى الثالث: فإما أن يكون البينتان مطلقتين أو مؤرختين، متقارنتين أو تاريخ أحداهما أسبق من الأخرى، فعلى الأولين تتساقطان ويكون كما لو لم يكن بينه أصلاً، وعلى الثالث ترجح الأسبق،

لأن بينه الزوج تدل على زواجه من الزوجه، وهذا لا يكفى، إذ زواج الأخت فى حال كون أختها المدعيه زوجته باطل.

وكذا إذا كان الرجل دخل بالمدعيه فإنه بعد سقوط البينتين يكون الدخول دليلاً على الزواج، لحمل فعلهما على الصحيح، ولا يعارض ذلك بشىء، إذ ليس فى النص دخول الرجل بالزوجه غير المدعيه، وسيأتى تتمه الكلام فى المسأله.

{وعلى الثالث} بأن كانت البينه لكليهما {فإما أن يكون البينتان مطلقتين أو مؤرختين، متقارنتين أو تاريخ إحداهما أسبق من الأخرى} أو إحداهما مطلقه والأخرى مؤرخه:

{فعلى الأولين} المطلقتين والمقارنتين {تتساقطان ويكون كما لو لم تكن بينه أصلا} للتعارض بينهما ولا ترجيح، إلاّ إذا قلنا فى باب البينات بتقديم الأكثر عدداً، وكان أحدهما أكثر عدداً، كما فصل فى باب الشهادات.

{وعلى الثالث} بأن كانتا مؤرختين وإحداهما أسبق {ترجح الأسبق} لأن الأسبق لا يدع مجالاً لغيره، فهو كما إذا عقد أختاً، ثم عقد الأخت الثانيه، فإن عقده الثانى يكون باطلاً.

لكن فى إطلاق المصنف نظراً ظاهراً، إذ الأقسام أربعه: لأن مستند الشهادتين إما العلم، وإما الظهور،

إذا كانت تشهد بالزوجيه من ذلك التاريخ إلى زمان الثانيه وإن لم تشهد ببقائها إلى زمان الثانيه فكذلك إذا كانت الامرأتان الأم والبنت مع تقدم تاريخ البنت

وإما الأول العلم والثانى الظهور، أو بالعكس.

ففى الأول: فالشهادتان متعارضتان، ولا وجه لتقديم الأسبق، وحينذاک فالمرجع إما القرعه، أو الأكثر عدداً، إذا قلنا بتقديم الأكثر عدداً.

وفى الثانى: كذلك، كما إذا شهد كل على أنه كان يعاشرها معاشره الأزواج.

وفى الثالث: يقدم الأولى، فإن المستند إلى العلم مقدم على المستند إلى ظاهر وقوع العقد، إذ الأولى ترفع مستند الثانيه.

وفى الرابع: تقدم الثانيه، لأن العلم يرفع مستند الأولى فى البقاء، وهو الاستصحاب {إذا كانت تشهد بالزوجيه من ذلك التاريخ} السابق {إلى زمان الثانيه}.

{و} أما {إن لم تشهد ببقائها إلى زمان الثانيه فكذلك} ترجح الأسبق {إذا كان الامرأتان الأم والبنت مع تقدم تاريخ البنت} إذ بمجرد العقد على البنت تحرم الأم، قال تعالى: (أمهات نسائكم)((١)).

ص:۴۰۶

١- سوره النساء: الآيه ٢٣

بخلاف الأختين والأم والبنت مع تقـدم تاريـخ الأم، لإمكان صـحه العقـدين بأن طلق الأولى وعقد على الثانيه فى الأختين، وطلق الأم مع عـدم الدخول بها، وحينئذ ففى ترجيح الثانيه أو التساقط وجهان، هذا ولكن وردت روايه تدل على تقديم بينه الرجل، إلّا مع سبق بينه الامرأه المدعيه، أو الدخول بها فى الأختين

{بخلاف الأختين والأم والبنت مع تقـدم تاريـخ الأم} فلا يحكم بالأسـبق {لإمكان صـحه العقـدين، بأن طلق الأولى وعقـد على الثـانيه} فى الأختين {وطلق الأم مع عـدم الـدخول بها} إذ لو دخل بها حرمت البنت أبـداً {وحينـئـذ} أى حين كانت المسأله فى الأختين، وفى الأم والبنت مع تقدم تاريخ الأم مع عدم الدخول.

{ففى ترجيـح الثانيه} لأن مسـتندها الشـهاده، وهى تقـدم على مسـتند الأولى الـذى هو الاستصـحاب {أو التساقط} لأنهما بينتان فتتساقطتان {وجهان} واللازم القول بذلك التفصيل المتقدم فى مستند البينتين، فإذا كان مستند إحدى البينتين مقدماً على مستند الأخرى بطلت البينه التى مستندها مؤخر، أما مع التساوى أو الجهل بالمستند فتتساقطان.

{هـذا} هو مقتضـى الأصل فى البينتين المتعارضتين، {ولكن وردت روايه} الزهرى المتقـدمه {تـدل على تقديم بينه الرجل، إلّا مع سبق بينه الامرأه المدعيه، أو الدخول بها فى الأختين} وقد رواها الشيخ أيضاً، عن عبد الوهاب بن عبد

وقد عمل بها المشهور فی خصوص الأختین، ومنهم من تعدی إلی الأم والبنت أیضاً، ولکن العمل بها حتی فی موردها مشکل، لمخالفتها للقواعد وإمکان حملها علی بعض المحامل

الحمید الثقفی، عن أبی عبد الله (علیه السلام)((۱)).

{وقد عمل بها المشهور} بل قد ادعی بعض عدم الخلاف فیه، وبعض آخر الإجماع علیه، إلّا أن المحکی عن نکت المحقق مخالفتها، {فی خصوص الأختین} لأنها مورد الروایه المخالفه للقاعده، کما عرفت.

{ومنهم} کما یظهر من الجواهر المیل إلیه، لکن عن المسالک وجامع المقاصد کما فی المستند الجزم بعدم التجاوز عن مورد النص، {من تعدی إلی الأم والبنت أیضاً} واستندوا فی ذلک إلی تعلیله (علیه السلام): «لأن الزوج قد استحق بضع هذه المرأه، وترید أختها فساد النکاح فلا تصدق...».

{ولکن العمل بها حتی فی موردها مشکل، لمخالفتها للقواعد} وذلک لأن تقدیم بینه الزوج علی بینه الأخت لا وجه له مع أنهما متعارضتان، وقد تقدم الإشکال فی توجیه کشف اللثام لجعله موافقاً للقاعده.

{وإمکان حملها علی بعض المحامل} کما ذکره الحدائق، من أن حکمه بتقدیم بینه الرجل وصحه دعواه وبطلان دعوی الأخت، لعله لأمر ظهر له (علیه السلام) بقرائن الحال یومئذ.

وفیه: إن ذلک خلاف الظاهر، ولا یصار إلی مثله لمجرد أن الروایه مخالفه

۱- الوسائل: ج۱۸ ص۱۸۵ الباب ۱۱ من أبواب کیفیه الحکم وأحکام الدعوی ح۱۳

التی لا تخالف القواعد.

السادسه: إذا تزوج العبد بمملوکه، ثم اشتراها بإذن المولی، فإن اشتراها للمولی بقی نکاحها علی حاله، ولا إشکال فی جواز وطیها

للقاعده، فإنه کما ذکر المستمسک أکثر الروایات الداله علی الوجوب والحرمه ونحوهما مخالفه للقواعد العامه، فلا وجه لحملها علی المحامل {التی لا تخالف القواعد}.

ثم إن غیر واحد منهم ذکروا الافتقار إلی الیمین، حسب القواعد العامه، إلاّ أن فی المستند وعن غیره عدم الاحتیاج إلیها، لخلو النص عنها، بینما هو فی مقام البیان، کما یظهر من تفصیله، فالقول بلزوم الیمین لجواز وقوع عقد لم یطلع علیه البینه، غیر تام.

وکیف کان، فالظاهر لزوم العمل بالنص فی مورده، کما لا یبعد التعدی عنه، وإن کان رعایه الاحتیاط أولی، ولذا قال ابن العم: (العمل بالروایه فی موردها هو المتعین)، وقال السید البروجردی: (لا إشکال فیه بعد عمل المعظم، وانما الإشکال فی التعدی).

مسأله ۶ لو اشتری العبد زوجته المملوکه

{السادسه: إذا تزوج العبد بمملوکه، ثم اشتراها بإذن المولی} أو اشتراها بغیر إذنه لکنه أجاز بعد ذلک، {فإن اشتراها للمولی، بقی نکاحها علی حاله} للأصل بعد أن لم یکن دلیل علی بطلان النکاح، فحالها حال العبد الزوج إذا انتقلت ملکیته من سید إلی سید.

{ولا إشکال فی جواز وطیها} إذا رضی مولاها

ص:۴۰۹

وإن اشتراها لنفسه بطل نكاحها وحلت له بالملك، على الأقوى من ملكيه العبد، وهل يفتقر وطيها حينئذ إلى الإذن من المولى أو لا، وجهان، أقواهما ذلك

الجديد، إذ لا يجوز التصرف فى ملك الغير إلاّ بإذنه، أما بالنسبه إلى وطيها حال كونها ملكاً للمولى الأول فلأنه هو الذى عقدها.

{وإن اشتراها لنفسه، بطل نكاحها} بل فى الجواهر دعوى الإجماع بقسميه عليه.

وقد استدلوا لذلك بقوله تعالى: (إلا على أزواجهم، أو ما ملكت أيمانهم)[(۱)]، بناءً منهم على ظهوره فى منع الجمع بينهما، ويؤيده أن لكلٍ أثراً، فالطلاق يأتى فى الزواج دون الملك، وكذلك القسم والبيع يأتى فى الملك دون الزواج، والضروره قائمه على أنه لا يأتى الأثران فى مفروض الكلام، بأن يجوز بيعها ويجوز طلاقها، كما أن استحقاقه الجمع بين القسم لكونها زوجه، وعدم القسم لكونها أمه، يعطيان عدم الجمع بين الملك والزوجيه.

{وحلت له بالملك} بالضروره والإجماع ولعموم الآيه، ويؤيد عدم الجمع بين الأمرين ما دل على عتق الجاريه ثم زواجها، ولو جمع الأمران أمكن زواجها فى حال كونها أمه له.

{على الأقوى من ملكيه العبد} وقد حقق ذلك فى محله.

{وهل يفتقر وطيها حينئذ} حين اشتراها لنفسه {إلى الإذن من المولى} لأنه تصرف فى نفسه، والعبد لا يقدر على شيء نصاً وإجماعاً {أو لا} لأنها زوجته، والزوج يتصرف فى زوجته حسب ما قرره الشرع، {وجهان، أقواهما ذلك} كما

۱- سوره المعارج: الآيه ۳۰

لأن الإذن السابق إنما كان بعنوان الزوجيه، وقد زالت بالملك، فيحتاج إلى الإذن الجديد.

ولو اشتراها لا بقصد كونها لنفسه أو للمولى، فإن اشتراها بعين مال المولى كانت له وتبقى الزوجيه، وإن اشتراها بعين ماله كانت له وبطلت الزوجيه

فى الجواهر لما تقدم.

لا يقال: لا يحتاج إلى الاذن، لأن الإذن السابق كاف.

لأنه يقال: لا يكفى الإذن السابق {لأن الإذن السابق إنما كان بعنوان الزوجيه، وقد زالت بالملك، فيحتاج إلى الإذن الجديد}.

وفيه نظر، لما ذكره المستمسك من أن الزوجيه ليست مقومه لموضوع الاستصحاب عرفاً، فزوالها لا يوجب تبدل الموضوع، فلا مانع من الاستصحاب.

ومنه يعرف العكس، وهو ما لو كانت ملكاً له ثم أعتقها وتزوجها، أو باعها من إنسان وتزوجها.

{ولو اشتراها لا بقصد كونها لنفسه أو للمولى، فإن اشتراها بعين مال المولى كانت له} أى للمولى إذا أجاز المولى، أو كان وكيلاً فى التصرف فى ماله، فإن المعاوضه تقتضى أن يدخل المعوض فى كيس من خرج من كيسه العوض، {وتبقى الزوجيه} لما تقدم من الأصل.

{وإن اشتراها بعين ماله كانت له} للعبد {وبطلت الزوجيه} وجاز وطيها باعتبار الملك، لما سبق من عدم الجمع بين الأمرين.

ص:۴۱۱

وكذا إن اشتراها فى الذمه، لانصرافه إلى ذمه نفسه، وفى الحاجه إلى الإذن الجديد وعدمها الوجهان.

السابعه: يجوز تزويج

{وكذا} تكون له {إن اشتراها فى الذمه، لانصرافه إلى ذمه نفسه}، المراد ارتكاز ذلك، لا الانصراف اللفظى، لأن كلامنا فى مقام الثبوت لاـ مرحله الإثبات، وإذا كان الارتكاز إلى ذمه المولى _ كما إذا كان يتصرف فى أموال المولى ومن قبله تجاره _ كانت الأمه للمولى.

{وفى الحاجه إلى الإذن الجديد وعدمها الوجهان} السابقان.

مسأله ۷ إذا ادعت المرأه أنها خليه

{السابعه: يجوز تزويج} المرأه نفسها لرجل يقدم على زواجها، ولاحاجه إلى التحقيق هل أنه يجوز له التزويج من جهه أن له أربعاً أم لاـ أو هل يجوز له التزويج بها لأنه قد تزوج بنتها أو أمها، أو فى حبالته الآن أختها، وإنما لم يكن حاجه إلى التحقيق حملًا لفعل المسلم على الصحيح.

ومنه يعلم أنه لا حاجه إلى التحقيق بالنسبه إلى العاقد الذى يريد عقد امرأه لرجل، بأن يسأل هل هو يحق لها التزويج، من جهه عده، أو كونها مزوجه الآن، أو ما أشبه ذلك، فما يعتاده بعض العاقدين من التحقيق، خصوصاً بالنسبه إلى المطلقه، لاحتمال بطلان طلاقها، أو عدم انقضاء عدتها، ليس إلّا من باب الاحتياط الذى هو سبيل النجاه، ومن باب الإتقان، وقد قال (صلى الله عليه وآله): «رحم اللّه امرءاً عمل عملًا فأتقنه».

امرأه تدعى أنها خليه من الزوج من غير فحص

وهل للرجل أن يعقد على امرأه يشك أنها بنت أو أم أو أخت لزوجته، أو أنها محرمه عليه لوجه آخر، وكذا في المرأه، الظاهر عدم الحاجه إلى التحقيق للأصل، وإن كان الاحتياط أولى من جهه أنها فرج، والاحتياط في الفروج آكد.

نعم إذا كان معرضاً يحتاط بالفحص، لما ذكرناه مكرراً من وجوب الفحص في الموضوعات، كوجوبه في الأحكام، فتأمل.

ومما تقدم يعلم أنه يجوز تزويج {امرأه تدعى أنها خليه من الزوج، من غير فحص} بلا خلاف، بل ربما يظهر من تسالمهم الإجماع عليه، للأصل، وجمله من الأخبار:

كخبر ميسر، قال: قلت لأبي عبد اللّه (عليه السلام): ألق المرأه بالفلاه التي ليس فيها أحد، فأقول لها ألك زوج، فتقول: لا، فأتزوجها، قال (عليه السلام): «نعم هي المصدقه على نفسها»((١)).

وخبر أبان بن تغلب، عن أبي عبد اللّه (عليه السلام)، في المرأه الحسناء تُرى في الطريق، ولا يعرف أن تكون ذات بعل أو عاهره، قال (عليه السلام): «ليس هذا عليك، وإنما عليك أن تصدقها»((٢)).

١- الوسائل: ج١۴ ص۴۵۶ الباب ١٠ من أبواب المتعه ح١
٢- المستدرك : ج٢ ص۵۸۹ الباب ٩ من أبواب المتعه ح١

مع عدم حصول العلم بقولها، بل وكذا إذا لم تدع ذلك، ولكن دعت الرجل إلى تزويجها أو أجابت إذا دعيت إليه

وتقدم خبرا عبد العزيز بن المهتدى ويونس((١)) فى المسأله الثالثه، وهما يـدلان على نفس الحكم، كما أن مثل خبر يونس خبر حسين بن سعيد((٢)).

بل ربما يستفاد ذلك من خبر الجعفريات، عن الباقر (عليه السلام)، قال: «الطلاق بالرجال، والعده بالنساء»((٣))، إن أريد منه أن قولهن فى العده مقبوله، كما استفاد منه المستدرك.

ومما ذكر يعلم لزوم حمل خبر الجعفريات على بعض المحامل، كالاستحباب أو كونه فى صوره الاتهام، فقد روى عن على (عليه السلام)، فى امرأه قدمت على قوم فقالت: إنه ليس لى زوج، ولا يعرفها أحد، فقال (عليه السلام): «لا تزوج حتى تقيم شهوداً عدولاً أنه لا زوج لها»((٤)).

{مع عدم حصول العلم بقولها} بل وإن حصل الظن غير المعتبر بأنها ذات زوج.

{وكذا إذا لم تدع ذلك، ولكن دعت الرجل إلى تزويجها، أو أجابت إذا دعيت إليه} للأصل.

١- الوسائل: ج١٤ ص٤٥٦ الباب ١٠ من أبواب المتعه ح٢
٢- الوسائل: ج١٤ ص٤٥٦ الباب ١٠ م ك ن أبواب المتعه ح١
٣- المستدر ك : ج٣ ص٢٠ الباب ٢٢ من أبواب العدد ح١
٤- المستدر ك : ج٢ ص٥٦٤ الباب ١٥ من أبواب عقد النكاح ح٢

بل الظاهر ذلک، وإن علم کونها ذات بعل سابقاً وادعت طلاقها أو موته

ویدل علیه خبر الفضل مولی محمد بن راشد، عن أبی عبد اللّه (علیه السلام)، قال: قلت: إنی تزوجت امرأه متعه، فوقع فی نفسی أن لها زوجاً، فسألتها، فقال أبو عبد اللّه (علیه السلام): «ولم سألتها»((۱)).

وخبر محمد بن عبد اللّه الأشعری، قال: قلت للرضا (علیه السلام): الرجل تزوج بالمرأه فیقع فی قلبه أن لها زوجاً، فقال (علیه السلام): «وما علیه، أرأیت لو سألها البینه، فهل یجد من یشهد لیس لها زوج»((۲)).

أما خبر عمر بن حنظله، قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام): إنی تزوجت امرأه فسألت عنها فقیل فیها، فقال (علیه السلام): «وأنت لم سألت، أیضاً لیس علیکم التفتیش»((۳))، فهو غیر ظاهر فیما نحن فیه کما ذکره المستمسک، وإن أدرجه الوسائل فی باب أن المرأه مصدقه فی عدم الزوج.

{بل الظاهر ذلک، وإن علم کونها ذات بعل سابقاً وادعت طلاقها أو موته}، للأصل، أی حمل فعل المسلم علی الصحیح، بالإضافه إلی الإطلاق، فهو مثل العکس، بأن علمت المرأه أن الرجل له أربع نساء، ثم یقدم علی زواجها، فإن لها أن تحمل فعلها علی الصحیح، فتزوج منه بدون السؤال عنه.

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۴۵۷ الباب ۱۰ من أبواب المتعه ح۳
۲- الوسائل: ج۱۴ ص۴۵۷ الباب ۱۰ من أبواب المتعه ح۵
۳- الوسائل: ج۱۴ ص۲۲۸ الباب ۲۵ من أبواب المتعه ح۱

نعم لو كـانت متهمه فى دعواهـا فالأـحوط الفحص عن حالهـا، ومن هنا ظهر جواز تزويـج زوجه من غاب غيبه منقطعه ولم يعلم موته وحياته

وكذا إذا طلق الرابعه ولم تعلم الخامسه هل أن عدتها منقضيه أم لا، إلى غيرها من الأمثله.

{نعم لو كانت متهمه فى دعواها} موت زوجها أو طلاقها {فالأحوط الفحص من حالها}، والظاهر أن الاحتياط استحبابى، ولـذا أفتى الشـرائع وغيره باسـتحباب السؤال مع التهمه، بل يظهر عن الحـدائق وغيرها أنه إجماعى، ويدل عليه حمل فعل المسـلم على الصحيح، وبعض الروايات السابقه.

وإن كان يدل على لزوم السؤال صـحيح أبى مريم، عن أبى جعفر (عليه السـلام): أنه سئل عن المتعه، فقال (عليه السلام): «المتعه اليوم ليست كما كانت قبل اليوم، إنهن كن يومئذ يؤمن واليوم لايؤمن فاسألوا عنهن»((۱)).

لكن تعليله ظـاهر فى الاسـتحباب، كما أن بعض الروايات السابقه المؤيـده بالأصل مقـدمه عليه، خصوصاً والمشـهور يؤيـد عـدم السؤال، أما روايه الجعفريات((۲)) السابقه فقد عرفت عدم إمكان العمل بظاهرها.

{ومن هنـا ظهر جواز تزويـج زوجه من غـاب غيبه منقطعه ولم يعلم موته وحيـاته} إذا أخبرت بأنهـا لا زوج لها، لأن قولها حجه، حملاً لفعل المسلم، بل

ص:۴۱۶

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۴۵۱ الباب ۶ من أبواب العدد ح۱
۲- المستدر ك : ج۲ ص۵۶۴ الباب ۱۵ من أبواب عقد الن ك اح ح۱

إذا ادعت حصول العلم لها بموته من الأمارات والقرائن أو بأخبار المخبرين، وإن لم يحصل العلم بقولها، ويجوز للوكيل أن يجرى العقد عليها ما لم يعلم كذبها فى دعوى العلم، ولكن الأحوط الترك خصوصاً إذا كانت متهمه.

لايبعد كفايه مجرد إقدامها، ككفايه مجرد إقدام زوج له أربع نسوه غابت إحداهن مثلاً، فلا حاجه إلى قوله: {إذا ادعت حصول العلم لها بموته من الأمارات والقرائن أو بإخبار المخبرين، وإن لم يحصل العلم بقولها} فإن كونهن المصدقات _ كما تقدم فى روايه ميسر((۱)) _ يقتضى الاعتماد عليها قولاً وفعلاً.

{و) كما يجوز للرجل أن يتزوجها، كذلك {يجوز للوكيل أن يجرى العقد عليها ما لم يعلم كذبها فى دعوى العلم} بل قد عرفت أن أصاله الصحه فى فعل المسلم تقتضى صحه كلامها وإن لم تُظهر العلم بموت زوجها، بالإضافه إلى ما تقدم من إطلاق أنها مصدقه، وحجيه قول ذى اليد، والإنسان ذو يد على نفسه، وقاعده تسلط الناس على أنفسهم، ووحده الملاک بين الرجل المقدم على عقد الخامسه وأخت الزوجه وما أشبه، وبين المرأه المقدمه على الزواج.

{ولكن الأحوط الترک خصوصاً إذا كانت متهمه} لما تقدم.

ثم الظاهر أنه لا يحتاج إلى التحقيق إذا ادعت أنها مسلمه، أو أنه مسلم.

وأما إذا كان فى بلد لم يعلم أنه أو أنها مسلم، فإذا كان من بلاد الإسلام

۱- الوسائل: ج۱۴ ص۲۲۸ الباب ۲۵ من أبواب المصاهره ح۲

الثامنه: إذا ادعت امرأه أنها خليه، فتزوجها رجل، ثم ادعت بعد ذلك كونها ذات بعل، لم تسمع دعواها، نعم لو أقامت البينه على ذلك فرق بينها وبينه، وإن لم يكن هناك زوج معين بل شهدت بأنها ذات بعل على وجه

كفى إقدامه على الزواج وإن لم يعلم بأنه أو أنها مسلم، كما هو كذلك بالنسبه إلى اللقيط والميت واللحوم وما أشبه.

مسأله ٨ إذا ادعت المرأه أنها خليه ثم ادعت خلافه

{الثامنه: إذا ادعت امرأه أنها خليه، فتزوجها رجل، ثم ادعت بعد ذلك كونها ذات بعل، لم تسمع دعواها} لعدم الدليل على سماع دعواها، وأصاله صحه العقد تقتضي عدم السماع، كما في كل من أراد بعد العقد أن يبطل العقد بادعاء فقد شرط أو وجود مانع، ولو ادعت علم الزوج بذلك كان لها حق الحلف عليه، فإن حلف بعدم علمه كفى.

{نعم لو أقامت البينه على ذلك فرق بينها وبينه} لتقدم البينه على أصاله الصحه، ثم إنها إذا ادعت الاشتباه كان لها أقل الأمرين من المهر المسمى والمثل.

وكذا إذا لم تدع شيئاً، لأصاله حمل فعلها على الصحه، وإن ادعت العلم والعمد حدّت، ولا مهر لها لأنه «لا مهر لبغي».

ثم لا يخفى أنه يلزم أن تكون البينه بينه العلم، لا بينه أنها كانت مزوجه، إذ التعارض حينئذ يكون بين الاستصحاب وبين أصاله الصحه، والثانيه مقدمه على الأولى، كما في سائر الموارد.

{وإن لم يكن هناك زوج معين بل شهدت} البينه {بأنها ذات بعل على وجه

الإجمال.

التاسعه: إذا وكلا وكيلًا فی إجراء الصيغه فی زمان معين، لا يجوز لهما المقاربه بعد مضی ذلك الزمان

الإجمال} لإطلاق أدله البينه.

ومما تقدم يظهر الكلام فيما إذا ادعی الزوج بعد أن عقد عليها بأنها خامسه زوجاته، أو أنه متزوج بأختها مثلًا، فإنه لا يسمع دعواه، بل يحتاج إلی البينه، ولا فائده فی أن يقال له اتركها، ولا تحتاج إلی إقامه الدعوی، إذ لا ينفع تركها فی إسقاط نفقه العده، ولا فی إرجاع المهر إلی أقل الأمرين من المثل والمسمی، كما هو واضح.

مسأله ۹ لا تجوز المقاربه إلّا بعد العلم بالعقد

{التاسعه: إذا وكلا وكيلاً فی إجراء الصيغه فی زمان معين، لا يجوز لهما المقاربه} أو ترتيب سائر آثار الزوجيه كالاستمتاع والنظر إلی ما لا يحل لغير الزوج النظر إليه {بعد مضی ذلك الزمان} وذلك للشك فی تحقق العقد الموجب للرجوع إلی أصاله العدم، وكما لا يحق لهما الاستمتاع كذلك لا يحق لها مطالبته بالقسم والنفقه والمهر.

وهل يحق لهما الزواج بالخامسه وبزوج آخر، احتمالان، من الأصل، ومن قاعده الاحتياط، خصوصاً فی الفروج، والأحوط أكيداً الفحص.

ثم الظاهر أنه يجب علی الوكيل الإجراء فی الزمان المعين إذا كان الأمر معرضاً لترتيبهما آثار العقد، وكذا فيما كان معرضاً لترتيب ذويهما، كأن ينظر

إلا إذا حصل لهما العلم بإيقاعه، ولا يكفى الظن بذلك وإن حصل من إخبار مخبر بذلك، وإن كان ثقه

الزوج إلى أم الزوجه، والزوجه إلى ولـد الزوج نظراً لاـ يحـل لغير المحرم، وإنمـا يجب لأـنه بتركه النكاح يوقع الناس فى الحرام الواقعى، ومنع المنكر واجب كـالنهى عن المنكر، فالتمسـك بعـدم الوجوب لأصـاله عـدمه، وبأنهمـا حيث لا يعلمان بأن عملهما حرام فلا حرمه لهما غير تام، بل حال ذلك حال ما إذا وكلاهما فى إجراء العقد فأجريا ألفاظاً فارغه أوهماهما بأنها ألفاظ العقد، حيث رتبا بعد ذلك آثار العقد على ألفاظهما.

ثم إنه لو نسـى الوكيل، ثم تذكر وجب عليه إما إخبارهما بعدم العقد، أو الإسـراع فى عقدهما، لكن إنما له الإسـراع إذا لم يعلم بسـحبهما كلامهمـا لنشوب نزاع أو نحوه بينهمـا، ولم يعلم بعروض ما يمنع عن بقاء الوكاله، كموت أحـدهما أو كتزويـج الرجل بالخـامسه مثلاًـ ولو من بـاب جهلهمـا بـأنه لاـ يجوز الجمع بين أكثر من أربع {إلا إذا حصل لهما العلم بإيقاعه، ولا يكفى الظن بذلك} لأنه ليس بحجه {وإن حصل من إخبار مخبر بذلك وإن كان ثقه}، لكنا قد احتملنا فى بعض كتب (الفقه) الكفايه لبناء العقلاـء، ولقوله (عليه السـلام): «حتى يسـتبين لـك غير ذلـك، أو تقوم به البينه»((1)). وإخبـار الثقه اسـتبانه، ومقابلته بالبينه لأن بعض الموضوعات بحاجه إلى البينه ككثير من أبواب الشهادات.

۱- المستدرك : ج۳ ص۱۹۰ الباب ۳ من أبواب صفات القاضى ح۳

نعم لو أخبر الوكيل بالإجراء كفى إذا كان ثقه، بل مطلقاً، لأن قول الوكيل حجه فيما وكل فيه.

وعلى كل حال، فلا يجوز فتوىً أو احتياطاً ترتيبهما آثار عدم الزوجيه _ الآثار المحرمه كتزويج الخامسه _ بعد إخبار الثقه.

ومثل إخبار الثقه الشياع بأن الوكيلين عقدا وإن لم يفد العلم، لما ذكرناه فى كتاب التقليد من عدم لزوم العلم فى الشياع فراجع.

{نعم لو أخبر الوكيل بالإجراء كفى إذا كان ثقه، بل مطلقاً، لأن قول الوكيل حجه فيما وكل فيه} لقاعده: «من ملك شيئاً ملك الإقرار به»، ولغيرها مما ذكروه فى باب الوكاله.

ص:۴۲۱

المحتويات

فصل

۷ _ ۱۲۰

ص:۴۲۳

ص:۴۲۵

ص:۴۲۶

ص:۴۲۸

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم
هَلْ يَسْتَوِى الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ
الزمر: ۹

المقدمة:
تأسّس مركز القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان بإشراف آیة الله الحاج السید حسن فقیه الإمامی عام ۱۴۲۶ الهجری فی المجالات الدینیة والثقافیة والعلمیة معتمداً علی النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائیین والمثقفین فی الجامعات والحوزات العلمیة.

إجراءات المؤسسة:
نظراً لقلة المراکز القائمة بتوفیر المصادر فی العلوم الإسلامیة وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبة الحصول علی مصادرها أحیاناً، تهدف مؤسسة القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان إلی التوفیر الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلی الباحثین فی العلوم الإسلامیة وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الکترونیة من الکتب والمقالات العلمیة والدراسات المفیدة وهی منظمة فی برامج إلکترونیة وجاهزة فی مختلف اللغات عرضاً للباحثین والمثقفین والراغبین فیها.
وتحاول المؤسسة تقدیم الخدمة معتمدة علی النظرة العلمیة البحتة البعیدة من التعصبات الشخصیة والاجتماعیة والسیاسیة والقومیة وعلی أساس خطة تنوی تنظیم الأعمال والمنشورات الصادرة من جمیع مراکز الشیعة.

الأهداف:
نشر الثقافة الإسلامیة وتعالیم القرآن وآل بیت النبیّ علیهم السلام
تحفیز الناس خصوصا الشباب علی دراسة أدقّ فی المسائل الدینیة
تنزیل البرامج المفیدة فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثین والمحققین فی الحوازت العلمیة والجامعات
توسیع عام لفکرة المطالعة
تهمید الأرضیة لتحریض المنشورات والکتّاب علی تقدیم آثارهم لتنظیمها فی ملفات الکترونیة

السیاسات:
مراعاة القوانین والعمل حسب المعاییر القانونیة
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراکز المرتبطة
الاجتنباب عن الروتینیة وتکرار المحاولات السابقة
العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فی نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولیة العمل.

نشاطات المؤسسة:
طبع الكتب والملزمات والدوريات
إقامة المسابقات فی مطالعة الكتب
إقامة المعارض الالكترونیة: المعارض الثلاثیة الأبعاد، أفلام بانوراما فی الأمكنة الدينیة والسیاحیة
إنتاج الأفلام الكرتونیة والألعاب الكمبیوترية
افتتاح موقع القائمیة الانترنتی بعنوان : www.ghaemiyeh.com
إنتاج الأفلام الثقافیة وأقراص المحاضرات و...
الإطلاق والدعم العلمی لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينیة والأخلاقیة والاعتقادية والردّ علیها
تصمیم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كیوسك kiosk، الرسالة القصیرة ((sms
إقامة الدورات التعلیمیة الالكترونیة لعموم الناس
إقامة الدورات الالكترونیة لتدريب المعلمین
إنتاج آلاف برامج فی البحث والدراسة وتطبیقها فی أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحمیلها علی ٨ أنظمة؛
١.JAVA
٢.ANDROID
٣.EPUB
٤.CHM
٥.PDF
٦.HTML
٧.CHM
٨.GHB
إعداد ٤ الأسواق الإلكترونیة للكتاب علی موقع القائمیة ويمكن تحمیلها علی الأنظمة التالیة
١.ANDROID
٢.IOS
٣.WINDOWS PHONE
٤.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فی الموقع بثلاث اللغات منها العربیة والانجلیزية والفارسیة

الكلمة الأخیرة

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فی تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.
عنوان المكتب المركزی
أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلی، الرقم ۱۲۹، الطبقة الأولی.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir
البريد الالكترونی : Info@ghbook.ir
هاتف المكتب المركزی ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵
هاتف المكتب فی طهران ۸۸۳۱۸۷۲۲ ـ ۰۲۱
قسم البيع ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹شؤون المستخدمين ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹.


مركز القائمية
اصبهان
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
www
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المـركز من فضلـكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاء من فضلكم
٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٠٩